

# **TRABAJO FIN DE MÁSTER**

## *La Protección de la Situación del Embarazo y de la Lactancia Natural: un apunte crítico de la regulación actual.*

*Máster Universitario en Prevención de Riesgos Laborales.*



**Universidad**  
Zaragoza



Directora: Ruth Vallejo Da Costa

Autora: Natalia Herrero Tomás (NIA 419196)

Asignatura: Trabajo Fin de Máster (Cod. 68910)

Febrero 2013

---

## **ÍNDICE**

1. INTRODUCCIÓN .....	3
2. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y SALUD LABORAL DE LA MUJER .....	5
2.1. Carácter transversal de la LOIMH .....	8
2.2. Aspectos de la perspectiva de género tras la LOIMH. ....	9
3. PROTECCIÓN DEL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL .....	11
3.1. Cronología del proceso normativo de prevención y protección de la mujer embarazada y en período de lactancia .....	11
3.2. Las evaluaciones de riesgos de las situaciones de embarazo y lactancia .....	14
3.3. Medidas de prevención para la protección de la maternidad y la lactancia. ....	18
3.4. La obligación de la mujer embarazada de comunicar su estado.....	23
3.5. Procedimiento para el reconocimiento de la prestación y falta de criterios homogéneos para determinar la existencia de riesgo .....	26
3.6. Tutela de los Derechos Fundamentales, protección de la maternidad y lactancia.....	34
4. CONCLUSIÓN. ....	38
5. ANEXOS .....	42
5.1. Tabla de riesgos laborales ligados a la maternidad. ....	42
5.2. Sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional en relación al embarazo y el período de lactancia.....	51
6. BIBLIOGRAFÍA y REFERENCIA JURISPRUDENCIAL .....	54

---

## **1.- INTRODUCCIÓN**

La prevención de la salud laboral de la mujer, desde la perspectiva jurídica, se viene centrando tradicionalmente en los aspectos puramente biológicos y se limita a aquellos vinculados a la maternidad y ahora también a la lactancia natural.

En el presente estudio queremos profundizar en estos riesgos específicamente femeninos; unos riesgos que vienen siendo objeto de estudio y análisis por parte de la doctrina laboralista y/o prevencionista, y que tiene su reflejo también en el contexto de los pronunciamientos judiciales y jurisprudenciales. Se toma como punto de referencia el artículo de la profesora Ruth Vallejo Da Costa “Gestión y pago de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante lactancia natural por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales”<sup>1</sup>, que forma parte de la línea de investigación que desarrolla la profesora Vallejo sobre la perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad y Salud Laboral.

La regulación en esta materia de protección de la mujer embarazada y en período de lactancia natural dimana de la Directiva 92/85/CEE y de sus trasposiciones progresivas al ordenamiento jurídico español. El hecho de que su trasposición no fuese única, provocará problemas interpretativos y el desamparo de situaciones relacionadas con la maternidad y la lactancia; situaciones que, en ocasiones, han podido ser calificadas de supuestos de discriminación hacia la mujer trabajadora.

Se han ido dando pasos hasta la trasposición definitiva de la Directiva, ocurrida con la incorporación de los Anexos VII y VIII del RD 298/2009.

Pero aun así y con todo, hoy en día siguen surgiendo dudas a cerca de la protección otorgada, sobre todo desde que la situación de embarazo y lactancia natural se considera contingencia profesional y que la gestión de las prestaciones corre a cargo de las MUTUAS, que muchas veces deniegan el reconocimiento del riesgo por criterios economicistas.

Por ello en este trabajo se apuesta por que la mujer en estas situaciones recurra al procedimiento de tutela de los Derechos Fundamentales ante la negativa de reconocerse el riesgo durante el embarazo o lactancia natural.

Lo que conlleva no centrarse exclusivamente en los aspectos biológicos o en la maternidad, pues la protección específica a la mujer en estas situaciones no es sólo embarazo y lactancia, implica tener en cuenta la afectación que provocan las condiciones laborales y las diferencias sociales en la salud de las mujeres.

---

<sup>1</sup> VALLEJO DA COSTA, RUTH.: “Gestión y pago de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante lactancia natural por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales” Ediciones Laborum. Asociación Española de Seguridad Social y Salud Laboral (AESS). 2009.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y su normativa de desarrollo son suficientes para abarcar en su aplicación aquellas manifestaciones de la salud laboral referidas a la mujer trabajadora que van más allá de la salud reproductiva a la que se refiere el art. 26 LPRL, y que encontraron encaje en el principio de adaptación del trabajo a la persona referenciado en el art. 15 y en el art. 25 de la LPRL, protegiendo así a los trabajadores especialmente sensibles.

El principio de transversalidad se aplica a todas las políticas y el empresario tiene la obligación de incorporar la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, ya que no es sólo responsabilidad de las Administraciones Públicas.

---

## **2.- PERSPECTIVA DE GÉNERO Y SALUD LABORAL DE LA MUJER**

Sin lugar a dudas la incorporación de la mujer al mercado laboral se considera como uno de los fenómenos sociodemográficos más importantes del siglo XX, aunque las desigualdades de género en el trabajo son aún acentuadas. Y estas diferencias de género en las condiciones de trabajo tienen una gran repercusión sobre las diferencias de género en cuanto a la salud laboral.

La salud de las mujeres y de los hombres es diferente y es desigual; desigual porque hay otros factores que influyen en la salud de las personas y diferente, porque hay factores biológicos, genéticos, hereditarios, fisiológicos, que se manifiestan de forma diferente en la salud y en los riesgos de enfermedad.

El debate sobre mujer y salud desde la óptica de lo laboral es especialmente relevante dadas las condiciones particulares del empleo femenino, las cuales determinan riesgos específicos, a causa de la forma en que se desarrollan sus distintas actividades laborales<sup>2</sup>.

Así, en primer lugar, existen diferencias específicas del trabajo de la mujer debido a la forma en que se ha producido su incorporación al mercado de trabajo. Fruto de la existencia de la división sexual del trabajo, tanto en los diferentes sectores de actividad, como en las tareas que se realizan en un mismo sector, según datos de la EPA, el trabajo de la mujer se distribuye de forma irregular entre los diversos sectores. La mayoría de las trabajadoras se sitúan en el sector servicios, siendo escasa su participación en el sector industrial<sup>3</sup>.

Por otra parte se identifican actividades fuertemente feminizadas: personal del servicio del hogar familiar, actividades de servicios de cuidado personales, actividades sanitarias, veterinarias, servicios sociales, educación, industria textil y confección y comercio al por menor. Actividades que se han entendido propias de las mujeres por ser una prolongación externa de las actividades que venían desempeñando las mujeres en el ámbito doméstico<sup>4</sup>.

Conforme a tales ocupaciones, el trabajo de la mujer presenta, por regla general, unos perfiles propios y diferentes al trabajo desarrollado por los hombres. Como características comunes al trabajo realizado por las mujeres en las ocupaciones mencionadas pueden citarse: la monotonía, falta de creatividad, exigencia de precisión y agilidad con mantenimiento de posturas forzadas e incómodas, ritmo excesivo, escasa cualificación, escasa toma de decisiones.

---

<sup>2</sup> ARTAZCOZ, L; ESCRIBÁ-AGÜIR, V y CORTES, I.: “Género, trabajos y salud en España”, *Gac Sanit*, 2004, páginas 24 a 35.

<sup>3</sup> AREAL CALAMA, I.: “Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva” *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, integración y noción de trabajador*. 2001. página 179-192. Edición digital.; RIVAS VALLEJO, P: “Perspectiva de género” *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 1367-1369.

<sup>4</sup> CAPEL MARTINEZ, R.M.: *Mujer y Trabajo en el siglo XX*, Madrid, Arco Libros, 1999. La estructura económica, las ideas sobre las funciones propias de su sexo y la preparación de las trabajadoras son señalados como factores que determinan el reparto de la mano de obra femenina entre los distintos empleos a lo largo del siglo XX.

Los riesgos laborales asociados a las anteriores condiciones de trabajo son:

A) Riesgos Físicos derivados de la adopción de posturas dolorosas, mantenimiento prolongado de las mismas, movimientos repetitivos que provocan alteraciones musculoesqueléticas muy dispersas y localizadas en la espalda y miembros superiores así como alteraciones circulatorias en miembros inferiores.

B) Riesgos Psicosociales en relación a los trabajos monótonos que requieren escasa cualificación y autonomía y que pueden dar lugar a cuadros de estrés capaces de inducir una mayor tensión muscular. Y en los puestos de trabajo que implican atención a terceros una excesiva carga emocional.

Se constata igualmente que las mujeres están menos expuestas a factores del entorno físico como en ruido, el contacto con sustancias peligrosas, temperaturas extremas o la manipulación de cargas pesadas,..., circunstancias todas estas que suelen darse en los trabajos históricamente ocupados por hombres.

Es una evidencia, por tanto, que existen riesgos que por efecto de la segregación sexual del mercado de trabajo inciden más en las trabajadoras que en los trabajadores.

Al mismo tiempo y por el tipo de factores de riesgo a los que se expone la mujer en los sectores feminizados, los posibles efectos sobre la salud de la mujer trabajadora no son visibles de inmediato (o no tan evidentes) por consistir en una continuada y progresiva pérdida de salud, a diferencia de las ocupaciones masculinizadas en las que la forma típica de perder la salud deviene de forma súbita e inmediata en forma de accidente de trabajo (los datos de accidentes de trabajo reflejan que éstos son tres veces mayor en los hombres que en las mujeres).

Por otra parte, la forma de incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha venido atravesada por otras diferencias de género que influyen en su estado de salud y que tienen que ver con el modelo social tradicional de división del trabajo.

La todavía doble presencia de la mujer en el trabajo asalariado o visible y en el trabajo doméstico o invisible, produce una carga de trabajo excesiva, que aumenta el tiempo de trabajo y crea problemas de conciliación de la vida laboral y familiar, pues hombres y mujeres se sitúan de forma diferente frente a tales responsabilidades.

A diferencia de roles sociales entre hombres y mujeres hace que la incompatibilidad horaria entre jornada laboral y doméstica se viva e interprete de distinta forma y genere más conflictos para las mujeres, originándose una serie de riesgos psicosociales que inciden de diversa forma en la salud y calidad de vida de ambos sexos.

Las mujeres, por ejemplo, sufren más estrés que los hombres, sobre todo por acoso sexual, discriminación, trabajos con grandes exigencias emocionales y la doble tarea trabajo-hogar.

También están más sometidas a violencia en los trabajos de atención al público y padecen más asma y alergias en actividades de limpieza, sector sanitario y en la industria textil y de la confección; enfermedades cutáneas en sectores como servicios de comida y limpieza o peluquerías, así como enfermedades infecciosas en el sector sanitario o puericultura, son también comunes entre las mujeres.

Además los trastornos musculoesqueléticos son otros de los riesgos emergentes que también afectan a este colectivo: malas posturas, movimientos repetitivos, estancia

prolongada de pie, levantamiento y transporte de cargas, son las principales causas de estos trastornos en las mujeres<sup>5</sup>.

Adicionalmente, en las últimas décadas, se han producido cambios significativos en la organización del trabajo que han implicado precarización de las condiciones de empleo con sus respectivas consecuencias en el área de salud, en este caso, para la mujer trabajadora.

No puede obviarse el hecho de que las mujeres siguen siendo las responsables del trabajo reproductivo y las principales proveedoras de afecto y cuidado familiar, además de trabajar simultáneamente, en forma remunerada y en el hogar y que, por tanto, se enfrentan a los riesgos derivados de la doble carga laboral. Esta exigencia les ha llevado a buscar empleos flexibles que les permitan conciliar las responsabilidades derivadas del trabajo doméstico y del trabajo remunerado.

De hecho los datos indican que las mujeres concentran el 77% del empleo a tiempo parcial en España, debido fundamentalmente a que esta modalidad de trabajo permite a la mujer compatibilizar la actividad laboral con la vida personal y familiar<sup>6</sup>.

El surgimiento de nuevas formas de organización del trabajo demanda, a su vez, trabajadores flexibles, que permitan a las empresas adaptarse más eficazmente a los requerimientos del mercado y disminuir los costes de producción.

Muchas de estas formas de empleo contienen fuertes rasgos de precariedad lo cual implica mayor carga laboral, desprotección y mayor discriminación en el mercado de trabajo. De hecho el 26% de las mujeres ocupadas lo son con carácter temporal, un porcentaje dos puntos superior al de los hombres.

Relacionado también con la forma de incorporarse al mercado de trabajo, en condiciones generalmente precarias, con miedo a la pérdida del puesto de trabajo, normalmente temporal, fácilmente sustituible, mal retribuido y de escasa cualificación, se ha producido una mayor incidencia en la mujer trabajadora del acoso sexual, demostrándose que existen grupos específicos de mujeres especialmente vulnerables al mismo.

En segundo lugar, cuando se analiza el trabajo de la mujer debe advertirse diferencias de sexo, de tipo biológico (hormonal, genético, anatómico), que implican en algunos casos un diverso grado de sensibilidad o respuesta ante un riesgo laboral, según el sexo del individuo. Tal es el caso, entre otros de:

1. Mayor sensibilidad de la mujer en relación a la dermatitis de contacto producida por sustancias químicas.
2. Diferencias entre M/H por las alteraciones provocadas por el estrés.
3. Mayor predisposición de la mujer a sufrir el síndrome del túnel carpiano.
4. Mayor sensibilidad química múltiple de la mujer (y por tanto mayor probabilidad de sufrir los síntomas del síndrome del edificio enfermo).
5. En relación a los pesticidas y plaguicidas, umbrales de toxicidad más bajos en mujeres que en hombres (relacionados con trastornos en el ciclo menstrual).

---

<sup>5</sup> Datos de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el trabajo

<sup>6</sup> Según la EPA del cuarto trimestre de 2010, para el 25% de las mujeres las razones de la jornada parcial son el cuidado de dependientes y otras obligaciones familiares y personales, frente a un 3% de los hombres.



6. Diversa incidencia sobre ambos sexos de los riesgos laborales derivados de la exposición a agentes químicos, físicos o biológicos capaces de ejercer afectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos referidos a la fertilidad como en el desarrollo de la descendencia.

7. La maternidad de la mujer trabajadora como estado biológico que sitúa a la mujer en una situación de especial vulnerabilidad o sensibilidad en relación a determinados riesgos laborales.

Los anteriores datos reflejan una vez más la diversidad de la población trabajadora (esta vez por razón de sexo y género) y con ello que hombres y mujeres puedan vivir de forma diferente siendo diferentes sus respectivos problemas de salud.

## **2.1. Carácter transversal de la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres.**

Se ha cuestionado si el empresario debe promover de manera efectiva el principio de igualdad en materia de prevención de riesgos laborales, ya que tal obligación no aparece recogida expresamente en la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres (LOIMH), que no ha reformado la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), para incluir de alguna manera el enfoque de género, como principio general de la acción preventiva.

En la LOIMH la única referencia relacionada con la obligación del empresario de prevenir riesgos específicos de las mujeres trabajadoras o que mayoritariamente afecten a éstas, se encuentra en el art. 48, en referencia al establecimiento de medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo. Aunque la regulación aquí contenida no parece abordar la prevención desde el punto de vista de la afectación a la salud laboral de las trabajadoras, sino desde el punto de vista de la tutela discriminatoria<sup>7</sup>. Y ello pese a que en el art. 27 LOIMH, la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo se incluye en el contexto de la política de salud laboral<sup>8</sup>.

Ahora bien, el carácter transversal de la LOIMH, que exige tener en cuenta este principio en la interpretación y aplicación de todas las normas, debe exigirse también respecto del deber empresarial de protección según art. 14 LPRL<sup>9</sup>. Por ello puede

---

<sup>7</sup> En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Los riesgos psicosociales. Su particularidad en la legislación positiva”, *Tratado de Salud Laboral*, Tomo I, página 1107.

<sup>8</sup> Para RIVAS VALLEJO, P.: *La prevención de riesgos laborales de carácter psicosocial*, página 57, «la LOIMH ha dedicado especial atención a la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo, una perspectiva que aunque no explícitamente, ha de considerarse integrada en el análisis de género que se propone, pues el art. 27 cuando refiere al acoso lo incluye dentro de la salud laboral de las mujeres».

<sup>9</sup> Para BALLESTER PASTOR, M.A.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 2, «la mera referencia contenida en el art. 5.4 LPRL, tras la LOI, es suficiente para considerar que el género queda configurado como un elemento fundamental de la acción preventiva». Para FERRADANS CARAMÉS, C.: “Género y prevención de Riesgos Laborales, *Revista de Derecho Social*, núm 53, 2011, página 150. « La transversalidad de la



afirmarse que los empresarios quedan también vinculados a promover políticas de gestión empresarial que garanticen el principio de igualdad atendiendo a la diversidad de género y, desde luego, no faltan instrumentos de gestión preventiva en su articulación (evaluación de riesgos, plan de prevención, medidas y planes de igualdad)<sup>10</sup>.

Y aunque la LOIMH no ha incorporado un amplio número de medidas que de forma directa e inmediata tengan repercusión en la salud laboral de las mujeres, sí ha conseguido, en virtud de los principios que le guían, impulsar la tutela integral de la salud de la mujer trabajadora.<sup>11</sup>

Además, la LPRL y su normativa de desarrollo son suficientes para abarcar en su aplicación aquellas manifestaciones de la salud laboral referidas a la mujer trabajadora que van más allá de la salud reproductiva a la que refiere el art. 26 LPRL.

## **2.2. Aspectos de la perspectiva de género tras la LOIMH.**

El principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, conlleva diferenciar en primer lugar, los riesgos específicos por razón de género donde incluiríamos el acoso sexual y acoso por razón de sexo, la doble presencia y las posibles consecuencias psicosociales derivadas de la existencia de discriminación en el trabajo.

En segundo lugar, los riesgos específicos por razón del sexo, donde incluiríamos el embarazo y lactancia natural. Y por último, los riesgos genéricos que deben abordarse desde la perspectiva de género: los riesgos ergonómicos, los químicos, los psicosociales y la organización del trabajo<sup>12</sup>.

---

perspectiva de género (...) exige políticas preventivas feminizadas (...), distinción que es una manifestación más del principio de igualdad y no discriminación en el empleo (...).

<sup>10</sup> En sentido categórico se manifiesta GARRIGES GIMENEZ, A.: "Introducción: la perspectiva de género en el deber de prevención empresarial, en FERRADANS CARAMÉS, C.: "Género y prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho Social*, núm 53, 2011, páginas 147 a 149. Para la autora, "... la LPRL ya con anterioridad a la aprobación de la LOIMH, disponía de los recursos necesarios para la integración de la perspectiva de género en el deber empresarial de prevención y en las obligaciones preventivas de él derivadas. Los arts. 15.1.c; 16.2.a; 19.1; 25.1 y 31.3 de la LPRL, así como los arts 2; 4.1, b; 4.2.c) y 5 del RD 39/1997 por el que se aprobó el Reglamento de los Servicios de Prevención, preveía de modo explícito, aunque no expreso, la necesaria integración del factor de sexo de la persona trabajadora como característica personal de la diversidad, condicionante del modo y contenido de las obligaciones preventivas de la empresa: evaluación de los riesgos, diseño y aplicación de las medidas de prevención y protección, información, vigilancia de la salud... Además desde la perspectiva técnico-preventiva alguna norma (RD 487/1997), Guías Técnicas y Notas Técnicas del INSHT, prevén diferencias preventivas derivadas del sexo de la persona trabajadora, como argumento diferencial en los efectos de la exposición a determinados riesgos."

<sup>11</sup> FERRADANS CARAMÉS, C.: "Género y prevención de Riesgos Laborales, *Revista de Derecho Social*, núm 53, 2011, página 153.

<sup>12</sup> Dicha catalogación está en el Tratado de Salud Laboral y también en la guía "Salud, mujeres y trabajos: guía para la mejora de las condiciones de salud y trabajo de las mujeres", de la Secretaría Confederal de mujer de CCOO, del año 2004.

Los riesgos genéricos que deben abordarse desde la perspectiva de género, suponen adentrarse de lleno en la perspectiva técnico-preventiva. Una perspectiva que, en cualquier caso ha sido abordada por alguna normativa puntual, como el RD 487/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañen riesgos, en particular dorsolumbares para los trabajadores y su Guía Técnica de Prevención; en la misma línea, numerosas Notas Técnicas de Prevención, elaboradas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo<sup>13</sup>.

En este sentido, como ha puesto de manifiesto la doctrina<sup>14</sup>, son ya criterios técnicos del INSHT, de común aceptación, los relativos a los distintos niveles de exposición de las mujeres a determinados riesgos como:

- Riesgos físicos: carga física de trabajo; trastornos musculoesqueléticos; vibraciones de cuerpo completo, radiaciones X y gamma.
- Riesgos químicos: los valores límites biológicos (VLB) para metales, compuestos orgánicos y agentes neurotóxicos, son inferiores para las mujeres; la frecuencia de aparición de SQM (sensibilidad química múltiple) es muy superior en las mujeres; las mujeres son mucho más sensibles a los alteradores endocrinos y a sus efectos que los hombres.
- Riesgos psicosociales: la exposición de las mujeres al acoso sexual y acoso por razón de sexo es mucho mayor; existen patologías laborales propias de sectores u ocupaciones feminizadas; las mujeres sufren la denominada “doble o triple jornada” con la consiguiente repercusión en su seguridad y salud laboral.

El análisis de los riesgos específicos de la mujer ligados a la situación de embarazo y lactancia ha sido objeto de numerosos estudios e investigaciones por parte de la doctrina laboralista. Pese a todo, en la actualidad, todavía no se considera un tema acabado, pues, a pesar de que normativa y jurisprudencialmente se ha ido avanzando en la tutela de la mujer en estas situaciones de especial sensibilidad<sup>15</sup>, que no de enfermedad, quedan espacios abiertos de desprotección de la salud de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, tal como se tendrá ocasión de analizar en el presente estudio.

Para este análisis se partirá de los estudios que hasta el momento se han desarrollado al respecto, incorporando perspectivas y puntos de vista que son objeto de

---

<sup>13</sup> NTP 175: Evaluación de condiciones de trabajo; NTP 450: Evaluación de factores psicosociales; NTP 487: Agentes Neurotóxicos; NTP 507: acoso sexual en el trabajo; NTP 542: tóxicos para la reproducción femenina; NTP 557: Sensibilidad química múltiple; NTP 657-658: Trastornos musculoesqueléticos de las mujeres (I)-(II); NTP 748: Vibraciones de cuerpo completo; NTP 758: Alteradores Endocrinos: exposición laboral; NTP 775: Riesgos Higiénicos en el trabajo. Estaciones de servicio.

<sup>14</sup> GARRIGES GIMENEZ, A.: “Introducción: la perspectiva de género en el deber de prevención empresarial”, en FERRADANS CARAMÉS, C.: “Género y prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, núm 53, 2011, página 148.

<sup>15</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 2, cita algunos de los cambios fisiológicos, que durante el embarazo, experimenta la mujer y guardan relación con todo tipo de condiciones laborales.

debate en la actualidad, toda vez que se procede a la adaptación de la regulación actual en consonancia con la normativa jurídica más reciente que, sin duda, ha procedido a modificar diferentes aspectos relacionados con la tutela de la salud de la mujer embarazada o en periodo de lactancia.

### **3.- PROTECCIÓN DEL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL**

#### **3.1. Cronología del proceso normativo de prevención y protección de la mujer embarazada y en período de lactancia.**

La protección del embarazo y la lactancia es la única referencia expresa que contiene la LPRL, en el art. 26, sobre la salud laboral de la mujer trabajadora.

La protección de la maternidad se orienta a la tutela de la trabajadora en situación de embarazo o de parto reciente, protección que se amplía al feto y al hijo lactante. Si bien, se trata de una regulación específica debido a condiciones biológicas o diferencias de sexo y no de género.

Una regulación que, en cualquier caso, no contempla todas las prácticas biológicas que afectan a la mujer trabajadora, sin perjuicio de las indicaciones contenidas en el art. 25.2 de la precitada Ley, sobre la protección de la función reproductora, pudiendo afectar también a la fertilidad masculina, por lo que no supone una especificidad de género<sup>16</sup>.

El epicentro de la protección específica que el ordenamiento laboral proporciona a la salud de la trabajadora embarazada se encuentra en el art. 26 LPRL, que constituye uno de los aspectos en los que se concreta el principio de adaptación del trabajo a la persona referenciado en el art. 15 y el art. 25 de la LPRL.

Aun así y con todo, la regulación que inicialmente se establecerá con la promulgación de la LPRL en su art. 26, no traspondrá la Directiva 92/85/CEE en toda su amplitud, lo que provocará problemas interpretativos y el desamparo de situaciones relacionadas con la maternidad y la lactancia; situaciones que, en ocasiones, han podido ser calificadas de supuestos de discriminación hacia la mujer trabajadora<sup>17</sup>.

En las citadas normativas se establecerá la obligación empresarial de adoptar las medidas preventivas necesarias para la protección de la salud de las mujeres en estas situaciones de especial sensibilidad.

---

<sup>16</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. Y CARDENAL CARRO, M.: Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo. Civitas. Madrid, 1996, página, página 228.: *“las alteraciones de la función reproductora se manifiestan también entre los varones. Se ha comprobado así el efecto reductor de la fertilidad entre los trabajadores expuestos a ciertos agentes (plomo, disolventes, plaguicidas). A su vez, las anomalías funcionales del aparato reproductor son frecuentes y están influidas por una alteración hormonal, que puede llegar a causar alteraciones en el espermatograma, incluso la esterilidad.”*

<sup>17</sup> Al respecto GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Tratamiento preventivo de la maternidad y la lactancia” *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 573 y 574.

Inicialmente entre estas medidas se destacaban, en el art. 26 LPRL, la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto de trabajo o función. Pero ¿qué hacer en el supuesto de que las medidas citadas no fueran suficientes para proteger la salud de la mujer trabajadora?

La Ley 39/1999, sobre conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, vendrá a cubrir esta situación de discriminación o desprotección en la que inicialmente quedaban las mujeres embarazadas, sometidas a riesgos laborales, a las que la empresa no podía proporcionar un puesto de trabajo o función exenta de riesgos<sup>18</sup>, reconociendo el derecho de las mismas a la suspensión por riesgo durante el embarazo. En realidad la Ley 39/1999 lo que hará será trasponer el art. 5.3 de la Directiva 92/85/CEE, lo que a su vez supondrá la modificación de tres normas<sup>19</sup>.

La suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada vendrá acompañada de la percepción de una prestación económica cuyo régimen coincidirá en lo fundamental con el de la incapacidad temporal por contingencias comunes. Sin embargo, la exigencia de un periodo mínimo de cotización, aun sin contradecir las previsiones comunitarias<sup>20</sup>, será cuestionada por parte de la doctrina<sup>21</sup>, desde la perspectiva de que la misma privaba de cobertura económica a aquellas trabajadoras que, aun hallándose en la situación prevista en el apartado 3 del art. 26 LPRL, - *es decir, que no resultara posible técnica u objetivamente el puesto de trabajo o que no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados*-, no reunían el requisito de cotización, con lo que las trabajadoras se encontraban con un contrato suspendido y sin ningún tipo de percepción económica. De ahí que la doctrina abogara por aplicar el régimen de la incapacidad temporal por riesgo profesional.

Otros tantos problemas planteaba la protección durante la lactancia. No sólo por las dudas interpretativas que se derivaron en relación a su duración y al tipo de lactancia que iba referida<sup>22</sup>, sino sobre todo porque ante las situaciones de persistencia del riesgo,

---

<sup>18</sup> Situación ésta que dadas las características del entramado empresarial español, en el que la realidad dominante es la de la pequeña y mediana empresa, podía constituir un fenómeno de importancia. CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 59.

<sup>19</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 59. Modificación de la LPRL, mediante la adición del apartado 3º al art. 26 LPRL; modificación del ET art. 45.1.d), introduciendo la nueva causa de suspensión del contrato, riesgo durante el embarazo, y art. 48.5 ET señalando el momento en el que finaliza la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo; la reforma de la LGSS, mediante la modificación del art. 38.1.c), incluyendo en el ámbito protector del sistema de Seguridad Social la nueva prestación, y la introducción de un nuevo capítulo, íntegramente dedicado a la nueva prestación de riesgo durante el embarazo.

<sup>20</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 63. El art. 11.4 Directiva 92/85/CEE, permite a los Estados miembros imponer exigencias de periodos previos de trabajo, con un margen de 12 meses frente a los 180 días establecidos por el legislador español.

<sup>21</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 63, nota 84.

<sup>22</sup> Con anterioridad a la reforma operada tras la entrada en vigor de la LOIMH, el art. 26.4 LPRL no establecía límites temporales expresos por lo que se presumía que “el marco normativo mantiene el

en estos casos, no se previó la suspensión del contrato de trabajo ni siquiera como una situación equiparable a una incapacidad temporal común, aunque algún sector de la doctrina abogara por la aplicación de la excedencia por cuidado de hijos<sup>23</sup>.

Los supuestos de desprotección a los que acabamos de referirnos serán resueltos en parte por la promulgación de la LOIMH que, entre las numerosas novedades que incorpora se encuentra la referida a la protección en la mujer en los supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo en periodo de lactancia (hasta que el hijo cumpla 9 meses), lo que ha conllevado la modificación del art. 26 LPRL, de un lado, del art. 48. 5 E.T., de otro y las correspondientes modificaciones incorporadas en el régimen jurídico de la Seguridad Social (arts. 134, 135 y nuevos arts. 135 bis y 135 ter LGSS).<sup>24</sup>

La vigente regulación equipara el supuesto de riesgo durante la lactancia natural con el riesgo durante el embarazo a efectos de la suspensión del contrato de trabajo, que era omitido en la regulación anterior. Y en ambos supuestos suspensivos se reconocen prestaciones económicas como derivadas de incapacidad temporal por contingencias profesionales, con las consiguientes consecuencias en relación a los requisitos del hecho causante: no se exige a la trabajadora periodo mínimo de carencia y se le considera en situación de alta de pleno derecho en aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido con sus obligaciones de afiliación y alta.

Como consecuencia, también, la prestación económica que se reconoce consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional.

Ahora bien, aunque la regulación relativa a la maternidad y la lactancia será más proteccionista y más completa tras la reforma operada por la LOIMH, faltará por incorporar a la regulación contenida en el art. 26 LPRL, los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CE, donde se señalan sendas listas no exhaustivas de agentes considerados lesivos para el embarazo y la lactancia, lo que sucederá tras la promulgación del RD 298/2009 de 6 de marzo<sup>25</sup>.

Una ausencia de trasposición que ha sido calificada de temeraria, ya que el silencio normativo ha consentido la exposición forzosa de la trabajadora embarazada o

---

tiempo de duración efectiva de la lactancia natural, sea cual sea la opción temporal de la trabajadora y la edad del hijo (PERROTE ESCARTIN), citado por BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: "Art. 26. Protección de la maternidad", *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 12.

<sup>23</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. Y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Civitas. Madrid, 1996, página, página 231.

<sup>24</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Tratamiento preventivo de la maternidad y la lactancia" *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 588-594.

<sup>25</sup> Sobre la lista GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Tratamiento preventivo de la maternidad y la lactancia" *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 577 hasta página 581; FRANCO GONZÁLEZ, J.: "Directrices para la evaluación de los agentes biológicos, químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo). Comentarios a la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm 67, páginas 287 y ss.



lactante a agentes y condiciones de trabajo a las que, en ningún caso, puede verse obligada a exponerse, conforme a la Directiva 92/85/CE<sup>26</sup>.

No obstante, la actual trasposición en los anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) de esta lista de agentes, no impide que esta lista sea objeto de críticas, pues efectivamente nos encontramos ante un listado no exhaustivo, lo que significa que no son solo estos riesgos los que hay que evaluar.

Añádase a lo dicho que ni siquiera son éstos los únicos listados que utilizan los distintos agentes implicados en la certificación del riesgo durante el embarazo o la lactancia (MUTUAS o INSS) y que, en cualquier caso, la existencia de tales listados no aseguran al 100% la protección de todos los posibles supuestos de riesgo, por lo que cabe concluir que, pese a todo, en la actualidad, el sistema diseñado por el legislador no garantiza una protección eficaz y adecuada a la mujer embarazada o en periodo de lactancia.

### **3.2. Las evaluaciones de riesgos de las situaciones de embarazo y lactancia.**

Para llevar a cabo la protección de la mujer en las situaciones de embarazo y lactancia, la primera obligación que establece la normativa preventiva tiene que ver con la evaluación de riesgos que puede afectar a la mujer en estas situaciones.

Establece el art. 26.1 LPRL, que *“la evaluación de riesgos a que se refiere el art. 16 LPRL, deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.*

*Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dichos riesgos a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.*

*Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”.*

A partir de aquí el legislador identificará las específicas medidas de prevención, que vienen establecidas de forma gradual en el art. 26 LPRL, es decir, no procederá el cambio de puesto de trabajo, si el riesgo puede evitarse con la simple adaptación de la jornada de trabajo.

En este sentido se ha pronunciado de manera expresa la jurisprudencia constitucional en la sentencia del TC 161/2004, de 4 de octubre, a tenor de la cual *“la protección de la mujer embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las facultades de organización y disciplinarias del empresario, de suerte que la veracidad de los fundamentos de la decisión de la entidad empleadora es una exigencia constitucional”.*

---

<sup>26</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Tratamiento preventivo de la maternidad y la lactancia” *Tratado de Salud Laboral*, Tomo II, página 572 y 573.

En consecuencia, la LPRL parece establecer tres medidas jerarquizadas, la adaptación del puesto, el cambio de puesto y en último término, la suspensión del contrato. No previéndose otras posibilidades como la movilidad geográfica, aunque resultaría posible mediante el mutuo acuerdo.<sup>27</sup>

Dichas medidas no sólo deberán aplicarse cuando el riesgo efectivamente ocurra, sino cuando potencialmente pueda ocurrir<sup>28</sup>. Es conveniente precisar, que la protección por riesgo durante el embarazo trata de hacer frente al peligro potencial que el trabajo prestado en determinadas condiciones puede suponer para la trabajadora embarazada o para el feto.

Es una medida de prevención en sentido estricto y no de protección frente a un daño ya producido<sup>29</sup>.

La regulación contenida en el art. 26 LPRL, en relación a la evaluación de riesgos, debe complementarse con lo dispuesto en el art. 4 del RSP, que al respecto establece que *“en la evaluación de riesgos se tendrá en cuenta, en primer lugar, la posibilidad de que el trabajador que ocupe o vaya a ocupar (el puesto de trabajo) sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones (de trabajo existentes o previstas).*

*En particular, a efectos de lo dispuesto sobre la evaluación de riesgos en el art. 26 LPRL, el Anexo VII del RSP, incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño durante el periodo de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición”.*

En todo caso, continúa el citado precepto, *“la trabajadora embarazada no podrá realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en la lista no exhaustiva de la parte A del Anexo VIII, cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, ello pueda poner en peligro su seguridad o la del feto.*

*Igualmente la trabajadora en periodo de lactancia no podrá realizar actividades que supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en la lista no exhaustiva del Anexo VIII, parte B, cuando de la evaluación de riesgos se desprenda que ello puede poner en peligro su seguridad o su salud o la del niño durante el periodo de lactancia natural. En los casos previstos en este párrafo, se adoptarán las medidas previstas en el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con el fin de evitar la exposición a los riesgos indicados”.*

---

<sup>27</sup> RODRIGUEZ CARDO, I.A.: “Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos”, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, La Ley, 2010, edición digital (<http://laleydigital.laley.es>), página 7.

<sup>28</sup> BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 8, con cita de PANIZO ROBLES.

<sup>29</sup> RODRIGUEZ CARDO, I.A.: “Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos”, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, La Ley, 2010, edición digital (<http://laleydigital.laley.es>), página 6.



Como se ha indicado con anterioridad, los listados no exhaustivos de riesgos a los que hacen referencia los Anexos VII y VIII del RSP, son traslación, tardía por otra parte, de la Directiva europea 92/85/CEE<sup>30</sup>.

Obsérvese en todo caso que en dichos anexos los riesgos laborales que concurren durante la maternidad deben valorarse separadamente como riesgos laborales durante el embarazo y riesgos laborales durante la lactancia<sup>31</sup>, aunque a efectos del establecimiento de las medidas de prevención el art. 26 LPRL prevé las mismas medidas, tanto para las situaciones de maternidad como de lactancia natural.

Como puede observarse en el listado contenido en el Anexo VII, se incluyen una serie de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo, que ya de entrada se consideran que pueden afectar negativamente a la mujer embarazada o en periodo de lactancia, al feto o al hijo lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición (por ejemplo, agentes físicos que pueden provocar lesiones fetales o desprendimientos de placenta como choques, vibraciones o movimientos; manipulación manual de cargas pesadas; frío o calor extremo; movimiento o posturas forzadas, desplazamientos, fatiga física o mental, etc.).

En el Anexo VIII la lista de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo prohibidos, está condicionada a lo que disponga la evaluación de riesgos una vez conocido el embarazo o el periodo de lactancia, diferenciando, como se ha señalado, actividades que pueden afectar al embarazo o al feto (parte A, del Anexo VIII) y, de otra parte, actividades que pueden afectar a la lactancia o al hijo lactante (parte B, del Anexo VIII)<sup>32</sup>.

En cualquier caso, a partir de esta evaluación inicial, deberán volverse a evaluar los puestos de trabajo que puedan verse afectados por la incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto (art. 4.2.c) del RSP).

Por tanto, el empresario, en relación con las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia, deberá llevar a cabo dos tipos de evaluaciones.

---

<sup>30</sup> Un estudio exhaustivo sobre estos riesgos laborales contenidos en la Directiva. FERICHE LINARES, R.: "Riesgos laborales ligados a la maternidad". *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 1428 y ss.

<sup>31</sup> FERICHE LINARES, R.: "Riesgos laborales ligados a la maternidad". *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 1428. Sobre los riesgos laborales ligados a la maternidad y a la lactancia, GIL PÉREZ, M<sup>a</sup> E.: "Riesgos laborales ligados a la maternidad desde una perspectiva jurídica", *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 547.

<sup>32</sup> RODRIGUEZ CARDO, I.A.: "Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos", *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, La Ley, 2010, edición digital (<http://laleydigital.laley.es>), página 10. La exposición a agentes químicos y biológicos constituye uno de los peligros más evidentes, por lo tribunales han puesto de manifiesto algunos otros que también pueden derivar en- o contribuir a- a la situación de riesgo durante la lactancia natural, como por ejemplo el trabajo a turnos o el trabajo nocturno (21). Algún tribunal ha considerado asimismo como situación de riesgo durante el embarazo la de la trabajadora ante la ausencia de periodos de descanso adecuados y de un lugar apto en el centro de trabajo para la extracción, almacenamiento y conservación de la leche materna, que imposibilita proceder a la lactancia natural (23). No es esta en modo alguno la situación que prevé la ley, porque no se produce en tal caso un riesgo, sino un problema de conciliación de la vida familiar y laboral, que no puede resolverse a través de la normativa en prevención.

La primera una evaluación general y objetiva en la que se identifiquen los riesgos a los que pueden estar expuestas las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y una segunda evaluación subjetiva de carácter específico<sup>33</sup>.

Lo fundamental aquí es que en el momento de la evaluación inicial de los puestos de trabajo ya deben tenerse en cuenta los riesgos potenciales para las trabajadoras embarazadas, con independencia de que en ese momento lo estén ocupando trabajadoras efectivamente embarazadas o no, e incluso, en el supuesto de que los ocupen trabajadores varones, porque, en principio ninguna actividad queda excluida de su realización por las mujeres<sup>34</sup>, lo contrario podría considerarse una discriminación por razón de sexo/género.

Evaluación inicial que sirve también para determinar los puestos de trabajo exentos de riesgos para las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, lo que es relevante ya que su identificación servirá para tener seleccionados *a priori* los puestos de trabajo a los que pueden ser destinados las mujeres en cuanto se presenten las dificultades para proceder a la adaptación de las condiciones de trabajo. Determinación de puestos de trabajo exentos de riesgos que debe hacerse previa consulta con los representantes de los trabajadores (art. 26.2 LPRL).

Téngase presente, además, que tras la reforma operada por el RD 295/2009, tanto la evaluación inicial de riesgos del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora, como la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos, puede ser objeto de control por parte de la entidad gestora o colaboradora, que será quien se encargue de la gestión y pago de las prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, por lo que dicha obligación se verá reforzada a partir de esta regulación.

La segunda evaluación de carácter específico tiene por finalidad la adaptación concreta de la mujer embarazada al nuevo puesto de trabajo al que vaya a destinarse, dado que no todos los embarazos son iguales<sup>35</sup>, por lo que es necesario la realización de evaluaciones subjetivas, personalizadas, que tengan en cuenta las características personales de las trabajadoras y las circunstancias concurrentes en cada embarazo<sup>36</sup>.

Ahora bien, en relación con la evaluación de riesgos de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, se vienen planteando una serie de desajustes en la aplicación práctica de la normativa reguladora tras los que pueden existir supuestos de desprotección o discriminación de la mujer embarazada o en periodo de lactancia y por extensión del feto o del hijo lactante.

El primer desajuste se observa en relación a la lista de agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos

---

<sup>33</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. Y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Civitas. Madrid, 1996, página 229.

<sup>34</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 33, en contra ver nota 31 de Cardona.

<sup>35</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 35

<sup>36</sup> BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: "Art. 26. Protección de la maternidad", *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 8 en cita de GONZÁLEZ ORTEGA.

para la seguridad y salud de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, incorporados en los Anexos VII y VIII del RSP, que son los que se tienen en cuenta en relación a la evaluación de riesgos específicos de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, en tanto que tal listado ha podido quedar obsoleto<sup>37</sup>, toda vez que, no es este el listado de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que utilizan las MUTUAS o el INSS para reconocer las situaciones de riesgos que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo, cuando el empresario no pueda objetiva o razonablemente proteger la salud de la mujer del feto de la lactante o del hijo lactante, a través de la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo o de cambio de puesto de trabajo.

El segundo desajuste tiene que ver con la obligatoriedad o no de la mujer embarazada de comunicar su estado de embarazo o lactancia natural para que se pongan en marcha las medidas de protección adecuadas.

Es esta una cuestión largamente debatida por la doctrina desde la perspectiva de los distintos derechos fundamentales en juego y que, en cualquier caso, nada resuelve cuando se trata de proteger a la mujer embarazada en las primeras semanas de embarazo, que es cuando existe una mayor vulnerabilidad o exposición a los riesgos.<sup>38</sup>

Y el tercer desajuste, en conexión con los dos anteriores, tiene que ver con el reconocimiento de las prestaciones de la seguridad social por estas causas que, tras la reforma operada por la LOIMH, ha pasado a ser competencia de la entidad gestora o, bien de la entidad colaboradora y que, tal como se ha avanzado, utilizan distintas listas de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden afectar a la mujer embarazada o en periodo de lactancia de las contenidas en los Anexos VII y VIII del RSP.

Por lo que, esta falta de criterios homogéneos respecto de la concurrencia del riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, puede dar lugar a nuevas situaciones de desprotección o discriminación hacia la mujer.

### **3.3. Medidas de prevención para la protección de la maternidad y la lactancia.**

La primera medida prevista en la Ley para evitar el riesgo de la mujer embarazada o en periodo de lactancia es a través de una *adaptación de las condiciones de trabajo* (el ajuste ergonómico del puesto de trabajo, la utilización de instrumentos específicos que disminuyan los efectos de la exposición, como máscaras o uniformes, o

---

<sup>37</sup> FRANCO GONZÁLEZ, J.: “Directrices para la evaluación de los agentes biológicos, químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo). Comentarios a la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm 67, páginas 287 y ss.

<sup>38</sup> SEVILLA GARCÍA, E.: “Perspectiva sanitaria de género” *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 1403.

la transformación de las funciones del puesto de trabajo)<sup>39</sup>, o, del *tiempo de trabajo* de la trabajadora afectada, incorporando pausas, descansos, cambios de horarios e incluso, la *no realización del trabajo nocturno o del trabajo a turnos*<sup>40</sup>, cuando resulte necesario<sup>41</sup>.

La doctrina ha defendido que el empresario debe contar con cierto margen de actuación y que sea él quien defina la manera de adaptar el puesto de trabajo o en su caso el puesto a desarrollar por la trabajadora. Ya que la situación de riesgo durante el embarazo no es una medida de conciliación, por lo que la trabajadora carece del derecho a definir las condiciones de la prestación de los servicios mientras subsista.

Así pues, la trabajadora no podrá rechazar la adaptación decidida por el empresario, o al menos, no se aprecia mecanismo jurídico para ello, salvo que las cargas familiares permitieran recurrir a medidas de conciliación<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 8, en cita de GONZALEZ ORTEGA.

<sup>40</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 49. El legislador español no concreta en qué situación queda la trabajadora que no pueda realizar el trabajo nocturno a régimen de turnos. La Directiva prevé el traslado de la trabajadora a un puesto de trabajo diurno o, en su defecto, cuando no sea técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente por motivos debidamente justificados, la dispensa del trabajo o, en su caso, una prolongación del permiso de maternidad. En nuestro país puede resultar de aplicación el art. 36.4 ET. Cuestión distinta es determinar a qué otras condiciones de trabajo se refiere el legislador. Por lógica han que entender incluidas las definidas en el art. 4.7 LPRL. Por último refiere la autora a los gastos que la adaptación de los puestos de trabajo puedan ocasionar al empresario, por lo que de *lege ferenda* defiende que para evitar que el empresario opte por no adaptar las condiciones de trabajo, el legislador debería haber optado por establecer la obligatoriedad de la adaptación a la par que articular subvenciones públicas para su financiación, consiguiendo así reducir los efectos disuasorios de la medida sobre el empresario.

Asimismo, BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 8. La prohibición del trabajo nocturno se aplica exclusivamente cuando, como consecuencia de la evaluación previa, se advierta que tal actividad puede ocasionar un perjuicio para la salud de la trabajadora o del feto. En la Directiva europea, la prohibición del trabajo nocturno se aplica sin necesidad de evaluación específica previa que determine la nocividad de la actividad, aunque puede quedar condicionada por la exigencia de un certificado médico que establezca la nocividad del trabajo. Por tanto, no todo el trabajo nocturno es nocivo por sí mismo.

<sup>41</sup> Aunque existe un mecanismo equiparable para proteger a la trabajadora en situación de riesgos para la lactancia natural, no se ha constatado que el trabajo nocturno puede afectar a la misma. DE LA FUENTE MADERO, J.L y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M<sup>a</sup>.: “La movilidad funcional por razones preventivas en materia de riesgos psicosociales”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 1288. Sin embargo, para el riesgo durante el embarazo, la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia a instancias del INSS, ha elaborado un documento de consenso y en este se considera el trabajo nocturno en los siguientes términos: “En el caso de trabajo nocturno (10 de la noche a 7 de la mañana), aunque no está claro el efecto nocivo de la propia nocturnidad en el embarazo, por razones higiénicas y de seguridad (trabajos en que la embarazada está sola como en tareas de vigilancia nocturna, policía, etc.), se trasladará a la embarazada a turno de día.

<sup>42</sup> RODRIGUEZ CARDO, I.A.: “Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos”, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, La Ley, 2010, edición digital (<http://laleydigital.laley.es>), página 9.

En cualquier caso, entiendo que el empresario está obligado a adoptar las medidas más razonables para asegurar la salud de la trabajadora y en caso contrario, a la vista de otros informes médicos que pudieran concurrir, siempre cabrá el recurso a la vía judicial, a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, pues el derecho a la salud laboral tiene una evidente relación con el derecho a la vida y a la integridad física, por lo que, al menos transversalmente, puede considerársele un derecho fundamental en su vertiente individual. Y en esta línea se ha pronunciado el TC en sentencias 161/2004 y 62/2007<sup>43</sup>.

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultara posible, y no se evitasen los riesgos o existiese un potencial riesgo, por mínimo que este sea<sup>44</sup>, se prevé, en segundo lugar, que la trabajadora desempeñe un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, para lo que previamente el empresario ha debido identificar los puestos de trabajo exentos de riesgos en la empresa.

El cambio de puesto de trabajo o función, se llevará a cabo aplicando las reglas y criterios marcados en los supuestos de movilidad funcional (art. 39 ET) y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto de trabajo anterior. Nos encontramos, por lo tanto, ante un cambio de puesto de trabajo limitado objetiva y temporalmente, ya que el embarazo es una situación biológica evolutiva, aunque transitoria.

El cambio debe realizarse primero, dentro del grupo profesional o categoría equivalente y, en el supuesto de que, aun aplicando lo señalado anteriormente, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría profesional equivalente, si bien, en este caso, la trabajadora mantendrá el derecho al conjunto de las retribuciones de su puesto de origen (art. 26.2 LPRL)<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Sobre la STC 161/2004, véase el estudio de NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “La relación entre los derechos y obligaciones constitucionales: salud laboral, igualdad y libertad de empresa (comentario a la STC 161/2004, de 4 de octubre), *Relaciones Laborales*, núm 21, 2005, (<http://laleydigital.laley.es>).

<sup>44</sup> STSJ de Madrid, 8 de julio de 2002. Lo cierto es que el legislador confiera un grado de protección muy intenso y rígido a la salud de la trabajadora para cuyo accionamiento basta con la existencia del riesgo, ya que no se introduce alusión alguna a su gravedad, ni se exige certeza de la repercusión sobre la salud de las trabajadoras, bastando la mera probabilidad.

CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 48, nota 53. Cuestión distinta es si la trabajadora puede solicitar el cambio de puesto de trabajo o una eventual suspensión del contrato ante un riesgo “tolerable”, “asumible” o “controlado”, a tenor de las normas técnicas. Algunos tribunales acuden a una interpretación teleológica para reconocer este cambio si el empleador no prueba un perjuicio organizativo (STSJ de Madrid de 8-7-2002); en otras ocasiones se opina que no sería exigible el cambio de puesto (STSJ de Murcia de 21- 9-2009), ni en los supuestos en los que el peligro se difumine a través de la eficacia de los equipos de protección individual (STSJ de Granada/Andalucía, 18-3-2009).

<sup>45</sup> Según la doctrina judicial, la trabajadora mantendrá el derecho al salario de su anterior puesto, incluidos los pluses salariales. La empresa debe adaptar las condiciones de trabajo para eliminar la exposición al riesgo específico, pero esta adecuación del puesto no lleva asociado la pérdida de ningún tipo de retribución. (STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2000). La STJUE de 1 de julio de 2010 (caso *Parviainen*) advierte que en el destino provisional debe percibirse tanto el salario base cuando los complementos inherentes a la condición profesional de la trabajadora, sin que ello equivalga a su



Téngase en cuenta que este cambio funcional debe actualizarse a la luz de la reforma del Estatuto de los Trabajadores (ET) llevada a cabo por la Ley 3/2012 de 16 de julio de 2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. De manera que a partir de ahora hay que entender que el cambio funcional tiene que hacer referencia al cambio de puesto dentro del grupo profesional o a distinto grupo profesional (superior o inferior) y no a categorías profesionales equivalentes o no equivalentes.

Cuestión distinta es que los convenios colectivos, que tienen un año para adaptar los sistemas de clasificación profesional a los grupos profesionales cumplan o no con estas indicaciones legales.

Por otra parte, aunque en la reforma actual han desaparecido los límites de la movilidad funcional descendente, -cabe un cambio a grupo inferior de manera permanente, abriéndose para el trabajador que no está de acuerdo una indemnización de 20 días-, habrá que entender que tal regulación no resulta aplicable al supuesto que estamos analizando pues, en cualquier caso, se trata de una medida de carácter temporal.

Debería tenerse en cuenta, que un trabajador, en nuestro caso una trabajadora enfrentada a tareas para las cuales no tiene preparación adecuada o para cuyo desarrollo carece de habilidades técnicas necesarias, puede ser víctima de estrés laboral.

Y que si por el contrario, se dedica a realizar actividades inferiores a sus capacidades puede ser víctima de aburrimiento en el trabajo, síndrome conocido con el término *bore-out* pudiendo tener repercusiones negativas sobre el rendimiento en el trabajo y/o sobre la satisfacción del trabajador en su trabajo, así como su autoestima<sup>46</sup>.

Sin embargo, en la práctica, el cambio de puesto de trabajo no se ha venido produciendo y la trabajadora pasaba a una suspensión de contrato.

Pese a lo establecido en el art. 26 LPRL, que plantea la preferencia por el cambio de puesto de trabajo, antes que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo<sup>47</sup>, la mayoría de las empresas se limitaban a certificar la inexistencia de puesto de trabajo exento de riesgo sin intentar el cambio de puesto de trabajo; un cambio de puesto que aplicando el abanico de posibilidades marcadas en el art. 39 ET, era más que probable que se pudiera producir en muchas empresas con la sola reorganización de los recursos humanos, con lo que el último recurso, como era la suspensión del contrato de trabajo por tales circunstancias, pasó a constituir, en muchos casos, la primera medida.

Las entidades gestoras y colaboradoras sospechaban que tras esta omisión se encontraba una connivencia por parte de la empresa y las trabajadoras para obtener las

---

remuneración media. Por su parte la STJUE de 1 de julio de 2010 (caso *Gassimayr*), admite que la norma nacional excluya de esa remuneración el complemento por disponibilidad en el lugar de trabajo.

<sup>46</sup> DE LA FUENTE MADERO, J.L y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M<sup>a</sup>.: “La movilidad funcional por razones preventivas en materia de riesgos psicosociales”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 1281.

<sup>47</sup> Así lo entenderá la doctrina, BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 9, para quienes, las adaptaciones pueden implicar gastos a los que el empresario prefiere no enfrentarse. La adaptación debiera haberse establecido de manera obligatoria, por medio de subvenciones públicas que sirvieran para financiarlas. Se conseguiría así el doble objetivo de minimizar los posibles perjuicios que la maternidad puede ocasionar para la mujer trabajadora y traspasar del empresario al Estado los costes relacionados con la maternidad.

prestaciones económicas de la Seguridad Social por estas causas. Consciente de ello el legislador adoptó medidas de sensibilización para fomentar el cambio de puesto de trabajo en las empresas, antes de proceder a la suspensión del contrato.

El cambio de puesto de trabajo debe contar con la autorización de un médico del INSS o de la MUTUA, dependiendo de la entidad con quien tenga concertada la empresa las prestaciones profesionales, y con el informe del médico del Sistema Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

El fundamento de esta necesidad de autorización médica para el cambio de puesto de trabajo es que se verifique su conveniencia desde el punto de vista de la defensa del embrión y de la madre o del hijo lactante y procurar que esta movilidad no obedezca a situaciones de discriminación por razón de sexo.

En la regulación actual, en el supuesto que no hubiese puesto de trabajo exento de riesgo y hubiera que proceder a la suspensión del contrato de trabajo por causa del embarazo o lactancia, la entidad gestora o colaboradora podrá solicitar al empresario la aportación de la evaluación inicial de riesgos del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora, así como la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos.

Con lo que se dota a las MUTUAS, fundamentalmente, un papel central en el control no sólo de las condiciones de trabajo, agentes y procedimientos que pueden justificar la suspensión del contrato durante el embarazo o la lactancia natural, sino además en los supuestos en los que procede el cambio de puesto de trabajo<sup>48</sup>.

E incluso el control de los motivos por los que el cambio de puesto de trabajo no resulta técnica u -objetivamente posible o no pueda realizarse por motivos justificados, en cuyo caso, corresponderá declarar el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgos durante el embarazo o lactancia, mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado, siendo la última medida, a los dos niveles anteriores de protección<sup>49-50</sup>.

---

<sup>48</sup> BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 10. Es razonable pensar que, salvo supuestos evidentes, resulta difícil que la entidad gestora pueda cuestionar la real inexistencia de puesto adecuado en la empresa, declarada por la empresa y ratificada por el servicio de prevención a efectos de impedir el acceso a la prestación de la seguridad social.

<sup>49</sup> Se trata de una terminología tan imprecisa que hace necesario recordar que dicha imposibilidad no puede sustentarse en apreciaciones subjetivas del empresario. PANIZO ROBLES, citado por BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 11.

<sup>50</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 59



### 3.4. La obligación de la mujer embarazada de comunicar su estado.

El art. 26 LPRL no incluye ninguna referencia a la obligación de la mujer de comunicar su estado de embarazo o en periodo de lactancia natural. No obstante la doctrina ha defendido que tal obligación derivaría del art. 25 LPRL que refiere al estado biológico “conocido” y del art. 29.4 LPRL que establece “*la obligación general, para todo trabajador, de informar inmediatamente a su superior jerárquico directo y a los trabajadores designados para realizar las actividades de protección y prevención o al servicio de prevención, sobre cualquier situación que entrañe riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores*”<sup>51</sup>.

Se ha defendido sin embargo, que el interés de la trabajadora en proteger su intimidad (art. 4.2 ET) puede prevalecer frente a intromisiones externas, ya que “*la información relativa a la situación de embarazo de la trabajadora no es una información cualquiera, irrelevante y desprovista de consecuencias para la carrera profesional de la trabajadora*”. De hecho el embarazo ha sido y es objeto de discriminaciones para y en el empleo<sup>52</sup>.

También es cierto que solo la comunicación por parte de la trabajadora del embarazo desencadena la obligación empresarial preventiva configurada en el art. 26 LPRL. Es decir, la obligación empresarial no se desencadena automática y objetivamente por el hecho biológico del embarazo, sino a partir de la comunicación de la trabajadora<sup>53</sup>.

Sin embargo, en la protección del embarazo y la lactancia hay otros intereses en juego, básicamente la protección del feto y del hijo lactante, pues la protección de la maternidad es una obligación del empresario pero una vez adoptada la medida preventiva, la trabajadora tiene el deber de cumplirla ya que la protección tiene un carácter impositivo para su salud, del feto o la del recién nacido.

Además de que en la actualidad, tanto el embarazo como la lactancia, son situaciones especialmente protegidas por el derecho, incluso aunque el empresario desconozca la situación de embarazo. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 92/2008 de 21 de julio, donde en este caso la trabajadora embarazada es despedida y se declara nulo dicho despido por la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras como consecuencia de su despido durante el período de embarazo. “*la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con*

<sup>51</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 36, nota 34.

<sup>52</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 36. Es esta una información personalísima, concerniente a una circunstancia relacionada con la salud y que pertenece a la esfera privada de la trabajadora. En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital.

<sup>53</sup> BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 7.

*la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer, cualificando la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre viendo limitados sus derechos por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución”.*

En este caso, la cuestión del despido motivado por el embarazo de la trabajadora siendo dicha situación desconocida para la empresa, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento discriminatorio basado en el embarazo, pero con la trasposición de la Directiva se declara nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión.<sup>54</sup>

Así pues el legislador configura un mecanismo que *“desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental”, además “..., con ello se exime de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa por múltiples razones, entre ellas la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo”, y “exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)”.*

La cuestión sin embargo está en que la mujer debe conocer *a priori*, que su puesto de trabajo puede entrañar un riesgo para su salud, la del feto o la del hijo lactante. Siendo obligación del empresario (art. 18 LPRL) informar a las trabajadoras y a sus representantes del resultado de la evaluación.

Por lo tanto, el empresario previamente debe informar de los resultados de la evaluación inicial a las mujeres que se encuentran o pueden encontrarse en las situaciones citadas, así como a los representantes de los trabajadores<sup>55</sup>.

La comunicación del embarazo es de vital importancia cuando existen situaciones especiales en las que la exposición de la madre a determinados agentes, como el plomo o las radiaciones ionizantes, durante el periodo inmediatamente posterior a la concepción puede tener efectos altamente nocivos para el feto<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> FERRADANS CARAMÉS, C.: “Género y prevención de riesgos laborales”. *Revista de Derecho social* nº53. 2011., página 164. La doctrina constitucional afirma que por el hecho de estar una trabajadora embarazada todo despido que se efectúe, conozca o no el empresario, es nulo y atenta a los derechos fundamentales de la trabajadora. Así es una protección a la situación de las trabajadoras embarazadas y se refleja en la calificación del despido.

<sup>55</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 38. EN CASO DE INCUMPLIMIENTO, el despido es una medida excesiva y prohibida por el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE.

<sup>56</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 39.

Pero incluso sin pensar en estas situaciones especiales, con carácter general, el momento en el que se presentan mayores riesgos de interferencia con el embarazo y con la salud del feto, es en las primeras semanas de gestación.

De ahí que en estos casos se exige a la mujer embarazada la comunicación inmediata de su embarazo y al empresario la máxima celeridad en el cumplimiento de las obligaciones preventivas<sup>57</sup>.

Sin embargo, en estos supuestos en los que la trabajadora puede ni conocer su estado de gestación, resulta imposible proteger a la mujer o al feto con este tipo de enfoque. Por eso aun en el supuesto más favorable de que se adopten de forma inmediata las medidas preventivas, tras la comunicación del embarazo, en muchos casos las medidas preventivas frente a la exposición a agentes teratógenos (cualquier factor ambiental capaz de causar una anomalía en la forma o en la función actuando sobre el desarrollo fetal), resultarán ineficaces<sup>58</sup>.

Lo cierto es que en la última década han aumentado de forma alarmante los problemas reproductivos, tanto en hombres como en mujeres. También han aumentado las enfermedades infantiles relacionadas con la exposición prenatal a contaminantes ambientales. Se estima que un 3% de las malformaciones congénitas son consecuencia de la exposición a agentes tóxicos y un 23% a etiología multifuncional (resultado de la interacción entre factores genéticos y ambientales).

Por lo expuesto y por la mayor vulnerabilidad de las mujeres durante estas circunstancias se justifica social, legal y económicamente la necesidad de una actuación preventiva y la creación de un subsidio económico<sup>59</sup>.

Pero la solución no es que determinados puestos de trabajo queden expresa o implícitamente fuera del alcance de las mujeres en edad fértil. Esta perspectiva, prevista en las normas preconstitucionales, en la actualidad debe ser forzosamente diferente, puesto que ni comunitariamente (SSTJCE de 15 de mayo de 1986, asunto *Johnston*, C-224/1984 y de 25 de julio de 1991, asunto *Stoeckel*, C-345/1989), ni

---

<sup>57</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002, página 40. En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR, M.A.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 3, En los supuestos en los que la concurrencia de ciertos factores o condiciones implican un riesgo efectivo para el embarazo, durante el tiempo en que éste todavía no se conoce, la actividad preventiva del empresario debe desplegarse en una doble dirección: la información clara y suficiente de las consecuencias de la exposición en caso de embarazo, dirigida a que sea la propia trabajadora la que sea consciente de la situación de riesgos y advierta al empresario en caso de incremento de las posibilidades de que este se produzca; y la aplicación de la eliminación/reducción de los factores de riesgo a priori como primera alternativa preventiva, aun en caso de que el riesgo sea meramente potencial.

<sup>58</sup> SEVILLA GARCÍA, E.: “Perspectiva sanitaria de género” *Tratado de Salud Laboral*, Tomo II, página 1402.

<sup>59</sup> FERICHE LINARES, R.: “Riesgos laborales ligados a la maternidad”. *Tratado de Salud Laboral*, Tomo II, página 1415 y ss.

constitucionalmente (STC 229/1992, de 14 de diciembre), cabe que se excluya a la mujer del acceso a determinadas profesiones o actividades<sup>60</sup>.

Durante años se dio un trato diferenciado a la mujer, un trato más proteccionista, prohibiéndole desarrollar trabajos considerados más peligrosos en el Decreto de 27 de julio de 1957, que fue declarado inconstitucional por STC 229/1992, de 14 de diciembre, siendo formalmente derogado, en lo relativo a la mujer, por la LPRL.

En este caso, la trabajadora reunía las condiciones para desarrollar el trabajo, y no se justifica de forma objetiva la decisión de la empresa, con lo que cabe destacar la discriminación de la prohibición.

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre esta cuestión, ya que es inconstitucional la prohibición de trabajo en las minas por el motivo de las condiciones especiales del trabajo y peligro de accidentes, ya que la mujer está en igualdad con los varones que superaron las pruebas de aptitud al mismo tiempo y posteriormente, fueron contratados, *“aunque la especial dureza de este trabajo puede requerir determinadas exigencias de fortaleza y condición física, éstas habrán de ser exigibles por igual al hombre o a la mujer, al margen de sus sexo, sin que pueda ser relevante al respecto la eventualidad de que un mayor número de hombres que de mujeres puedan reunir en el caso concreto estas exigencias.”* Y continúan los fundamentos jurídicos: *“Aunque son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que en sexo no pueda ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer.”*

### **3.5. Procedimiento para el reconocimiento de la prestación y falta de criterios homogéneos para determinar la existencia de riesgo.**

Tras la reforma operada con la LOIMH (Febrero 2007), la regulación de la maternidad y la lactancia puede que sea más proteccionista y completa, aunque faltará por incorporar a la regulación contenida en el art. 26 LPRL, los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CE, que señalan las listas no exhaustivas de agentes considerados lesivos para el embarazo y la lactancia; que tuvo lugar tras la promulgación del RD 298/2009 de 6 de marzo<sup>61</sup>, con la incorporación de los Anexos VII y VIII al RSP, a las

---

<sup>60</sup> BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 6.

<sup>61</sup> Sobre la lista vid, GARRIGES GIMÉNEZ, A.: “Tratamiento preventivo de la maternidad y la lactancia”, *Tratado de Salud Laboral*, Tomo II, página 577 hasta página 581; FRANCO GONZÁLEZ, J.: Directrices para la evaluación de los agentes biológicos, químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo). Comentarios a la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm 67, páginas 287 y ss.

que hace referencia el art. 4 de esta última norma, a la evaluación de riesgos de la mujer en las situaciones de embarazo o lactancia.

Aunque, como expresamente reconoce el RD 298/2009, en sus consideraciones preliminares, la razón para que los Anexos de la Directiva 92/85/CEE no hayan sido traspuestos literalmente en las normas españolas *“es porque ambas incluyen relaciones no exhaustivas, de tal manera que, en el momento de la trasposición, se consideró que incluir estos listados podía inducir a pensar erróneamente que sólo debían evaluarse los riesgos y adoptarse medidas respecto a los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en estos anexos”*.

Lo que en la práctica, esta interpretación de lista abierta, no ha tenido los efectos esperados, cuestión que ha provocado algunas críticas doctrinales<sup>62</sup>; pues durante todo este tiempo, el silencio normativo ha permitido la exposición de trabajadoras embarazadas o lactantes a agentes y condiciones de trabajo frente a los que, desde los criterios normativos europeos, no ha de haber posibilidad alguna de exposición<sup>63</sup>.

No obstante, podía encontrarse alguna referencia puntualísima a estos Anexos, en las Guías Técnicas<sup>64</sup> y Notas Técnicas de Prevención<sup>65</sup> que elabora el INSHT, aunque cabe recordar que, tanto las notas técnicas como las guías técnicas poseen una mera eficacia orientativa, cuyos criterios carecen de fuerza vinculante. Aunque lo grave es que las listas de riesgos que se incorporaron en el RD 298/2009 y que son traslación de los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE, no resultan definitivas, pues efectivamente nos encontramos ante un listado no exhaustivo, lo que significa que no son sólo estos riesgos los que habrá que evaluar.

En la práctica preventiva, los criterios tenidos en cuenta para determinar los riesgos a los que pueden estar expuestas las mujeres embarazadas o en período de lactancia en sus puestos de trabajo, son divergentes de los que han estado utilizando las MUTUAS para reconocer la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural, tras la reforma introducida por el RD 295/2009, que elaborarán su propia Guía Técnica a través de Asociación Mutuas Accidente de Trabajo AMAT (septiembre de 2008), y el Ministerio de Trabajo contará con sus propias “orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo y durante la lactancia natural”<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> GARRIGES GIMÉNEZ, A.: “Tratamiento preventivo de la maternidad y la lactancia”, Tratado de Salud Laboral, Tomo II, página 585

<sup>63</sup> GARRIGES GIMÉNEZ, A.: “Tratamiento preventivo de la maternidad y la lactancia”, Tratado de Salud Laboral, Tomo II, página 572 y 573.

<sup>64</sup> Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con los agentes químicos, dictada en aplicación del RD 374/2001, de 6 de abril, para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos.

<sup>65</sup> Nota Técnica de Prevención 414: “Reproducción: fuentes de información”; y 542 “Tóxicos para la reproducción femenina”.

<sup>66</sup> Se adoptan los documentos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) sobre riesgos para el embarazo y por la Sociedad Española de Pediatría (AEP), sobre riesgos durante la lactancia natural.



Esta falta de criterios homogéneos respecto de la concurrencia de riesgos durante el embarazo o la lactancia natural, será asumida por el propio legislador quien en la Disposición Adicional Tercera del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, previó la aprobación por parte del Ministerio de Trabajo de unas directrices sobre evaluación de riesgos, análogas a la de la Comisión Europea, con el fin de valorar homogéneamente la existencia de los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural.

Aun así y con todo, el carácter de estas guías es orientativo y no agotan los parámetros médicos de valoración de los riesgos para la salud de la trabajadora, sino que constituyen una ayuda para valorar el riesgo, de manera que en cada caso se deberá tener en cuenta las circunstancias de especiales sensibilidades que pudieran concurrir o cualquier otra circunstancia que suponga una individualización del mismo, y es que la casuística puede ser muy elevada.

Puede citarse, *por ejemplo*, la existencia de riesgos psicosociales y en particular el estrés que puede dar lugar a situaciones de riesgo durante el embarazo<sup>67</sup>. También con carácter general, supuestos donde inicialmente existe una causa genérica de riesgo que puede verse agravada por el desarrollo de la prestación de servicios. O no reconocer el riesgo durante el embarazo y de la prestación económica por suspensión del riesgo durante el embarazo desde el principio, sino a partir de una determinada fecha teniendo en cuenta la evolución del estado de la gestación.

Tras una lectura de los Anexos se pueden mencionar algunas ausencias. Por ejemplo, no se incluyen los riesgos psicosociales (exposición a estrés, a trabajos del alta tensión), originados por la forma de organización del trabajo.

Y es importante recordar que los horarios inadecuados de trabajo, la turnicidad o nocturnidad pueden tener una repercusión negativa en la salud de las trabajadoras, del feto o del lactante.

Otro grupo importante de riesgos que deben ser evaluados son los ergonómicos. Existen sectores con actividades eminentemente feminizadas, como dependientas, administrativas,..., que a lo largo del embarazo van sufriendo cambios fisiológicos y necesitan adaptación del puesto, cambios o descansos acordes a la etapa de gestación en la que se encuentren.<sup>68</sup>

---

Según FERRADANS CARAMÉS, C.: "Género y prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho Social*, núm 53, 2011, página 156, estas guías están avaladas por la Dirección General de ordenación de la Seguridad Social, y deben servir de orientación a las MUTUAS.

<sup>67</sup> RODRIGUEZ CARDO, I.A.: "Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos", *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, La Ley, 2010, edición digital (<http://laleydigital.laley.es>), página 6. Para este autor, pese a que formalmente el estrés podría dar lugar a una situación de riesgos durante el embarazo, es evidente que el legislador – acertadamente – concibe esa tutela en términos de incompatibilidad objetiva ligada a potenciales daños físicos netamente personales y no a afecciones psíquicas de ordinario pluricausales, cuya vía de tutela más adecuada parece, en su caso, la incapacidad temporal. Los riesgos psicosociales afectan a todos los trabajadores y no solo a las mujeres embarazadas

<sup>68</sup> FERRADANS CARAMÉS, C.: "Género y prevención de riesgos laborales". *Revista de Derecho social* n°53. 2011., página 159.

Por consiguiente, habrá que tener en cuenta este tipo de riesgos que tienen una alta repercusión sobre las mujeres trabajadoras, no evaluando solamente los riesgos de agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo, sino aspectos como duración y frecuencia de la actividad, formación recibida, instalaciones, medidas de control existentes, etc. (artículo 4.7 LPRL).

Se deberá evaluar correctamente las características de cada actividad y medio de trabajo, así como el perfil subjetivo del trabajador que ocupa dicho puesto. Volvemos a incidir sobre lo previsto en el art. 4 RSP: la evaluación de riesgos a cada puesto de trabajo deberá tener en cuenta que puede ser ocupado por un trabajador especialmente sensible, las características personales o estado biológico.

Es importante que la evaluación también incorpore los riesgos específicos de género como acoso sexual o por razón de sexo, la doble jornada de la mujer,...

Los posibles conflictos que acaban de señalarse ya se producían en relación con el anterior procedimiento para el reconocimiento del riesgo durante el embarazo y su correspondiente prestación de la seguridad social (RD 1215/2001, de 11 de noviembre), en el que se estableció un régimen procedimental realmente complejo en orden a la valoración del riesgo durante el embarazo, dado que una misma situación de riesgo tenía que acreditarse por distintos prescriptores: el facultativo del Servicio Público de Salud (SPS) que atendiera a la trabajadora; los servicios médicos de las MUTUAS y de las empresas, lo que no siempre coincidía.

Esta situación dará lugar a numerosos conflictos que terminaban en los tribunales, aparte de que tal complejidad procedimental llevaba en muchos casos a optar por resolver el problema mediante el recurso a la Incapacidad Temporal por enfermedad común, dado que el mayor riesgo durante el embarazo es el comprendido durante el primer mes y medio, y se consideraba la situación más análoga.

En la actualidad, la configuración del riesgo por embarazo y del riesgo por lactancia natural como prestaciones derivadas de contingencias profesionales llevará implícita una variación en el ente responsable de la gestión y pago de las prestaciones económicas, que ahora corresponderá a la entidad gestora, al INSS o la MUTUA, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Y serán éstas las que determinarán la existencia o no del riesgo y, en su caso, de la prestación económica.

En el actual procedimiento el informe del facultativo del SPS se limitará a señalar la situación de embarazo y la fecha probable del parto, eliminándose la posibilidad de que éstos puedan acreditar sobre las condiciones del puesto de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la mujer, del feto o del hijo lactante. Tampoco los servicios de prevención de las empresas pueden manifestarse al respecto, dado que en esta primera fase, la empresa debe limitarse a señalar la actividad desarrollada por la trabajadora y las condiciones en que desarrolla el puesto de trabajo.

Por otro lado la intervención de las MUTUAS en la certificación del riesgo, que en el anterior sistema no acaba de justificarse porque no actuaban ni como entidades gestoras de la prestación, ni como servicios de prevención, toma ahora todo su protagonismo porque son precisamente éstas entidades colaboradoras a las que corresponde certificar la existencia de riesgo y también el reconocimiento de la prestación económica (en el caso de que el empresario haya optado por este concierto, que son la mayoría).



Añádase a lo dicho que en el actual procedimiento contenido en el artículo 39 del RD 295/2009, para el reconocimiento de las prestaciones por riesgos durante el embarazo o la lactancia natural, se ha prescindido tanto del papel que venía desarrollando el facultativo del Servicio Público de Salud que atendía a la trabajadora, cuya intervención se consideraba apropiada en las medidas en que nadie mejor que éste para valorar el estado de salud de la trabajadora, toda vez que se ha eliminado de un plumazo la actividad de la vigilancia de la salud de los Servicios de Prevención que actúan en las empresas en la certificación de la existencia de riesgos, que son sin embargo, los mejores conocedores del conjunto de los factores – de todo tipo – que inciden en el riesgos. Por lo que se ha dejado en manos de las MUTUAS, fundamentalmente, el reconocimiento de los supuestos de suspensión de riesgo durante las situaciones de maternidad y lactancia, lo que viene generando no pocos problemas conflictivos de desprotección hacia las trabajadoras y que los sindicatos han denunciado como supuestos de “presentismo”, o de ahorro de costes económicos<sup>69</sup>.

En definitiva, si antes de la reforma llevada a cabo por el RD 295/2009, eran numerosos los conflictos judiciales sobre el reconocimiento de la prestación por riesgos durante el embarazo (no así durante la lactancia que en caso de riesgo no tenía prevista la suspensión del contrato), estos conflictos se siguen reproduciendo en la actualidad y lejos de solucionarse, todavía surgen nuevas situaciones problemáticas que pueden constituir una vía de desprotección de la mujer trabajadora.

Sólo se atienden a los riesgos específicos laborales y no a los riesgos genéricos clínicos (incapacidad temporal), pero a veces ambos pueden coincidir, y hay que determinar el predominio de cada uno de los factores.

Aun cuando en la actual regulación la competencia para certificar la existencia del riesgo queda en manos de las MUTUAS fundamentalmente, ello no quita para que los conflictos se sigan reproduciendo, (según los sindicatos, por el presentismo o ahorro de costes económicos), pues no existen – y posiblemente no puedan existir – criterios ciertos o totalmente objetivos sobre la existencia del riesgo.

Es más, aunque se haya eliminado la posible intervención del facultativo del SPS y de los médicos de los SP en la certificación del riesgo, siempre se puede demostrar a través de otras vías o informes, pues así lo demuestra jurisprudencia que este sentido: “*los informes son de índole procedimental por lo que no tienen carácter constitutivo, de forma que la existencia del riesgo podrá acreditarse a través de otros elementos probatorios*”<sup>70</sup>.

La resolución al caso no es baladí, pues si se diagnostica que el riesgo es genérico, es decir, que es la evolución clínica del embarazo el que presenta problemas (embarazo de riesgo, por ejemplo) lo que procede es un supuesto de incapacidad temporal (IT) por enfermedad común. Y sólo la situación en que la fuente del problema

---

<sup>69</sup> RODRIGUEZ CARDO, I.A.: “Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos”, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, La Ley, 2010, edición digital (<http://laleydigital.laley.es>), página 8. El autor se hace eco de los posibles conflictos de competencia – puntuales- en relación con los informes médicos que deben certificar la incompatibilidad entre el trabajo y el embarazo.

<sup>70</sup> STSJ del País Vasco 1750/2008, de 30 de Junio, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), página 6.

es la exposición laboral (riesgo específico) es la que da lugar a la suspensión del contrato de trabajo por contingencias profesionales.

En este sentido establece el apartado 2 del artículo 31 RD 295/2009, que no se considerará situación protegida *“la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado”*. Y así, ante un supuesto de riesgo apreciado, por ejemplo, por el facultativo del SPS, se optará por recurrir a la IT por enfermedad común, y en estos supuestos, tal como establece el artículo 37.1 RD 295/2009, *“si la trabajadora se encuentra en situación de IT y durante la misma, solicita la prestación por riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal”*.

Como se sabe, desde hace tiempo existe un criterio unánime a nivel jurisprudencial sobre la posibilidad que tiene el INSS de revisar la calificación del origen o hecho causante de la lesión generadora de la IT, imputando su pago a la MUTUA, en base a su condición de Entidad Gestora, *“pues otorgar una posición de igualdad a la entidad gestora y a la mutua podría generar situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir la responsabilidad de las contingencias”* (STS de 22 de noviembre de 1999).

Esta doctrina resulta claramente aplicable a los supuestos en los que la situación de IT agota el plazo de doce meses de duración, tal como reconoce en la actualidad el artículo 128.1.a) LGSS en la redacción dada por el artículo 1 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

De manera que aunque a las MUTUAS se les reconoce la posibilidad de gestionar prestaciones por IT, cuando ésta agota el plazo de doce meses, corresponderá en exclusiva al INSS determinar si se procede a una prórroga expresa de esta situación (por periodo de seis meses), o bien se inicia el expediente de incapacidad permanente o bien lo que procede es el alta médica.

Dicho control se prevé también respecto de los partes médicos de incapacidad temporal por contingencias profesionales expedidos por las entidades colaboradoras, tal como dispone la actual Disposición Adicional 19ª de la Ley 40/2007, que al respecto establece que *“Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el INSS y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”*.

No obstante, con anterioridad a esta habilitación legal y en base a lo establecido en la Disposición Adicional Cuadragésima de la LGSS, donde se prevé que *“las Entidades Gestoras, en el ejercicio de sus competencias de control y reconocimiento de las prestaciones, pueden solicitar la remisión de los partes médicos de IT expedidos por las entidades colaboradoras”*, la Secretaria de Estado de la Seguridad Social, mediante Resolución de 19 de septiembre de 2007, desarrolló unos criterios o pautas dirigidas a la adecuada calificación de la contingencia respecto de los expedientes tramitados por las

MUTUAS en materia de IT y por muerte y supervivencia, resueltos sin considerar como enfermedad profesional (EP).<sup>71</sup>

En dicha Resolución se establece un procedimiento para resolver sobre los posibles conflictos que pueden surgir en relación al reconocimiento de las enfermedades profesionales, cuando las mismas sean gestionadas por las MUTUAS, que parte de la existencia de indicios que al respecto puedan aportar, entre otros, la Inspección de Trabajo, los servicios de prevención o servicios médicos de las empresas, así como de los facultativos del Sistema Nacional de Salud.

Con anterioridad ya me he referido a la oportuna intervención de los Servicios de Prevención de la empresa en la determinación de la existencia de riesgo para la mujer embarazada, el feto o el hijo lactante. Obsérvese además como en la determinación de la enfermedad profesional el “indicio” puede ser también aportado por el facultativo de los Sistemas Públicos de Salud.

Ambas soluciones resultan coherentes con la necesaria coordinación que el RD 1299/2006, de 10 de noviembre por el que se aprobó el nuevo cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social, exige entre los servicios de prevención, que son los deben poner en marcha las medidas de actuación preventiva en el caso de detectar una EP, y las MUTUAS; y que también se exige con los Sistemas Públicos de Salud, que asimismo puede tener conocimiento de la existencia de una EP.

No obstante en este último supuesto se aboga por crear una Red de médicos centinelas en enfermedades profesionales, así como por dar formación específica sobre las EP a los médicos del SPS (cuestión que se ha desarrollado en algunas Comunidades Autónomas, como por ejemplo Navarra).<sup>72</sup>

Ahora bien, cuando se trata del riesgo durante el embarazo o lactancia natural, éstos supuestos no pueden equipararse a los de revisión de contingencias derivadas de situaciones de IT gestionadas por las entidades colaboradoras y menos calificarse como enfermedad profesional. Pero tampoco nos encontramos ante un supuesto en que el subsidio es denegado, anulado o suspendido por las causas previstas en el artículo 132.1 LGSS, simplemente no se reconoce la presencia del riesgo. Seguramente en la actualidad haría falta una habilitación legal para que esta revisión pudiera producirse.

En todo caso no parece que en estos casos la revisión por la INSS sea la solución adecuada dada la mayor susceptibilidad de las primeras semanas que requieren de un proceso rápido de resolución por la urgencia del tema.

Es precisamente en estos casos donde el control judicial debería ser suficiente para garantizar los derechos de los beneficiarios siempre que se establezca el carácter urgente y preferente del proceso. A este respecto no debe olvidarse que la negativa a reconocer una situación de riesgo puede implicar la vulneración del derecho a la vida y

---

<sup>71</sup> VALLEJO DA COSTA, RUTH.: “Gestión y pago de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante lactancia natural por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales” Ediciones Laborum. Asociación Española de Seguridad Social y Salud Laboral (AESS). 2009.

<sup>72</sup> VALLEJO DA COSTA, RUTH.: “Gestión y pago de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante lactancia natural por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales” Ediciones Laborum. Asociación Española de Seguridad Social y Salud Laboral (AESS). 2009.

a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15 CE. (STC de 27 de marzo de 2007).

En esta línea, vemos como en la STC 161/2004, la falta de adopción de las medidas adecuadas de prevención, de negarle el cambio de puesto de trabajo, no sólo afectaba al art. 15, sino también al art. 14 LPRL, al constituir un supuesto de discriminación por razón de sexo. En este caso se le suspende el contrato sin remuneración (el supuesto de hecho fue anterior a la reforma de la Ley 39/1999 de conciliación).

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el artículo 14 CE, introduce una cláusula de igualdad como derecho subjetivo de los ciudadanos. El TC considera que la igualdad es condición de ejercicio de todos los derechos fundamentales; por tanto, el establecimiento de diferencias de trato de un determinado derecho fundamental conllevará, no solo la vulneración de ese derecho fundamental sino también del artículo 14 CE.

Esta sentencia aplica al caso la doctrina de los supuestos de despido nulo por razón de embarazo. Se pasa del ámbito de la legalidad ordinaria laboral al de la constitucionalidad, ya que el embarazo, como elemento unido al sexo femenino, activa un plus añadido a la proyección de la eficacia del concreto derecho laboral de que se trate. A partir de aquí el primer punto interesante radica en la aplicación analógica de la jurisprudencia establecida en estos supuestos al de la suspensión por razón de embarazo que requiere de la inversión de la carga de la prueba, indicios razonables y prueba a cargo del empresario.

Esta tesis desarrollada por el TC es, precisamente, la que se plantea en el caso objeto de estudio, la conexión entre salud laboral y no discriminación, no se limita a la vertiente de protección referida a las relaciones laborales, sino que también lo hace a través de una visión de la protección de la maternidad como una defensa de la salud. La protección de la mujer se extiende tanto a su condición biológica durante el embarazo como al ámbito de desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando *“las potestades organizativas y disciplinarias del empresario, evitando las consecuencias físicas y psíquicas que las medidas discriminatorias puedan tener en la salud de la trabajadora y afianzando todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquél estado”*<sup>73</sup>.

Así pues, el TC extiende la protección del art. 14 CE y sus modulaciones, en cuanto a instrumentos y medidas, tanto a aspectos de seguridad y salud laboral, como a las relaciones laborales de la mujer aunque no se encuentre expresamente establecido en la ley.

Los motivos residen por un lado, en la especial relevancia de la protección de la salud y, por otro, por la necesidad de proteger los derechos de la mujer embarazada frente a la discriminación por razón de sexo.

---

<sup>73</sup> FERICHE LINARES, R.: “Riesgos laborales ligados a la maternidad”. *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*, página 1428 y ss.

El principio de igualdad exige, de este modo, la aplicación rigurosa del principio de adaptación del trabajo al trabajador con todas sus consecuencias<sup>74</sup>.

Por tanto, lo relevante es que el TC no solo establece la asimilación de estos supuestos al tratamiento del despido en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino que en este caso la justificación de las limitaciones también reside en el hecho de que se trata de un tema de salud laboral. A partir de aquí determina la existencia de suficientes indicios de vulneración del artículo 14 CE, ya que queda patente que la falta de aptitud de la demandante no es la pérdida de licencia de vuelo sino la situación de embarazo. En este caso, además había puesto de trabajo exento de riesgo, y el tratamiento genérico dado por el TC al supuesto de hecho considerado, conlleva que sus conclusiones puedan extenderse prácticamente a todos los casos en que se produzca una vulneración del artículo 26 LPRL respecto de las situaciones de embarazo.

Esto es, se establece que las medidas de seguridad y salud de configuración legal también van encaminadas a evitar discriminaciones por razón de sexo, limitando la actuación del empresario. De este modo, la vulneración del artículo 26 LPRL y similares, a pesar de tratarse de un precepto de configuración legal, determina la inconstitucionalidad de la acción concreta, tanto en relación con el propio precepto como con el artículo 14 CE.

### **3.6. Tutela de los Derechos Fundamentales, protección de la maternidad y lactancia.**

El procedimiento de la tutela de los derechos fundamentales comporta una vía inexplorada, que oportunamente nos brinda el ordenamiento jurídico, a través de la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. (LJS)

Esta modificación legal otorga a la trabajadora embarazada, susceptible de padecer cualquier riesgo durante el embarazo, un derecho de reclamación que dista mucho del que estaba regulado hasta la fecha. Nos referimos a las novedades que incorpora el art. 70 del citado texto legal, “1. *Se exceptúan del requisito de reclamación previa los procesos relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, procedimientos de oficio, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, siendo en estos últimos potestativo, y reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, al amparo de lo prevenido en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.* 2. *No será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y*

<sup>74</sup> BALLESTER PASTOR, M.A; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y THIBAUT ARANDA, J.: “Art. 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2008, edición digital, página 6.



*libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, si bien el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites; cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente.”* De este modo se consigue adoptar en el ámbito laboral, unas garantías mínimas sobre los derechos fundamentales de los trabajadores que son muy próximos a los criterios generalmente seguidos por la doctrina constitucional, y que ya eran de aplicación en otros órdenes.

Esta nueva regulación supone un importante avance garantista para las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia natural. Aparece delimitado el ámbito de aplicación de una manera mucho más amplia que en la anterior redacción.

En cuanto a los trabajadores legitimados para recibir dicho amparo, son los que previene el art. 177 de la misma Ley: “1. *Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas,...*” incluyendo además que el “*Ministerio fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, ...*”, y continúa por extensión que la víctima podrá dirigir pretensiones tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Recogiendo así todo el espectro posible donde puedan surgir conflictos dentro de una relación laboral.

Las principales novedades de este procedimiento especial residen en el establecimiento de nuevas medidas cautelares.

Consuetudinariamente, en todo proceso judicial, transcurre un tiempo, más o menos dilatado, entre la presentación de la demanda y la resolución de la controversia, que en ocasiones y más habitualmente de lo deseado, se producen situaciones de riesgo para los derechos o intereses en conflicto que podrían afectar de manera irreparable a los sujetos litigantes.

Es por ello que las medidas cautelares se convierten en la única forma de garantizar la efectividad de la futura sentencia y preservar hasta entonces los bienes jurídicos en conflicto. Esta obligación de adopción de las medidas cautelares ya está prevista en el art. 24.1 CE y su infracción se considera objeto de amparo constitucional como avalan las SSTC nº 14/1992 y 238/1992.

#### Evolución histórica de las medidas cautelares:

Desafortunadamente, en el ámbito laboral existe una muy limitada jurisprudencia en la que se recoja la adopción de dichas medidas, puesto que la anterior Ley Procedimiento Laboral (LPL) no contemplaba dichas cautelas; con excepción de los casos en que se estuvieran quebrantando los derechos de libertad sindical del trabajador, situación en la que operaba el art. 176 de la suprascrita legislación. Entonces, por aplicación del art. 178 LPL se solicitaba la suspensión del acto

impugnado, que en el caso de solicitud de la extinción laboral, suponía la del contrato de trabajo en toda su amplitud con sus recíprocas obligaciones y derechos, por concordancia con el art. 50 del ET.

Con esta medida se satisfacían parcialmente las necesidades del trabajador, puesto que se veía obligado a mantener viva la relación laboral hasta no se produjera la firmeza de la resolución extintiva.

Teóricamente y como forma alternativa, era posible la aplicación de medidas cautelares por remisión al art. 721 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que regula en su art. 727.11 del mismo texto legal, las medidas cautelares indeterminadas, previstas para aquellos supuestos en que no existe en la concreta Ley una cautela típica.

### De la adopción de medidas:

Lo más novedoso que incorpora esta nueva regulación, y de lo que se quiere dejar constancia en el presente trabajo, es la aclaración notable del panorama garantista de protección de los derechos y libertades que aporta este especial procedimiento. Comienza con la expresión en el art. 79 LJS aplicable también al procedimiento ordinario, el régimen de medidas cautelares “*que resulten necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial*” por remisión a su vez a los arts. 721 al 724 LEC.

Además el párrafo 7º del precitado art. 79, incorpora con el siguiente tenor: “...*aquellos casos en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en el apartado 4 del artículo 180 de esta Ley, con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia.*”

Se resuelve así, los supuestos que tradicionalmente han suscitado mayores problemas porque mediante la aplicación de estas tres posibles medidas cautelares, se pueden garantizar los procesos en los que se ejercita la acción de extinción del contrato a instancia del trabajador, del art. 50 ET.

Por ende, el nuevo art. 180 en su párrafo 1º contempla “*En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia*”. Lo que supondrá una especial garantía para el trabajador que vea limitados sus derechos fundamentales.

El apartado 5º del referido artículo detalla la aplicación de dichas medidas señalando que dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud, el secretario judicial citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora señalado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas, en relación con el derecho fundamental y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer, debiendo aportar la parte solicitante el necesario principio de prueba al respecto.



En supuestos de urgencia excepcional, la adopción de las medidas cautelares podrá efectuarse por el juez o Sala al admitirse a trámite la demanda, sin perjuicio de que se celebre ulteriormente la comparecencia prevista en este número.

Excepcionalmente y para el supuesto tanto de acoso, como en los seguidos por la trabajadora víctima de violencia de género, que entendemos puedan hacerse extensivo a cualquier otra vulneración de los derechos fundamentales, encontramos la regulación en el párrafo 4º del art. 180 LJS, que en detalle son:

1.- La suspensión de la relación, es decir, tanto de la obligación de trabajar, como de la correlativa remuneración.

2.- La exoneración de la prestación de servicios, que a diferencia del caso anterior, mantiene la obligación de la empresa de abonar el salario.

3.- El traslado de puesto o de centro de trabajo, lo que permite al trabajador apartarse del foco del conflicto.

4.- La reordenación o reducción del tiempo de trabajo.

5.- Mediante una cláusula indeterminada, posibilita la aplicación de cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la futura sentencia.

---

#### **4.- CONCLUSIÓN**

Por imperativo legal se establece que el empresario deberá adaptar el trabajo a la persona, con independencia de su situación o condiciones tanto físicas como psíquicas, para que todos sus trabajadores estén en igualdad de condiciones para desarrollar su trabajo.

Dado que la idiosincrasia de los trabajadores es muy amplia, el legislador intenta establecer mecanismos para lograr una cobertura total, y lo hace mediante la creación del grupo de los “*especialmente sensibles*”, aunque como se ha analizado en el presente estudio, no se consigue plenamente con la mujer embarazada.

Antes de concluir el presente estudio, dejaremos claro que el género debe ser entendido como una construcción cultural y social en continuo cambio, que asigna tributos y funciones diferentes a hombres y mujeres, y que puede establecer desigualdades en materia de salud, o marcar diferencias innecesarias, evitables e injustas. Así pues, la construcción del género desborda el concepto sexo. De manera que el término sexo se deriva de las características biológicamente determinadas, relativamente invariables del hombre y la mujer, mientras que género se utiliza para señalar las características socialmente construidas que constituyen la definición de lo masculino y lo femenino en distintas culturas y podría entenderse como la red de rasgos de personalidad, actitudes, sentimientos, valores y conductas que diferencian a los hombres de las mujeres.

Una vez acotado el término “género” y habiendo sido tratado en toda su amplitud significativa, podemos afirmar que queda un largo camino por recorrer hasta lograr la completa aplicación de su perspectiva, ya que hasta llegar al ámbito laboral deberá asentarse primero en el social.

En la actualidad, la conciliación de vida familiar y laboral se torna cada vez más difícil, siendo las mujeres en la mayoría de los casos las que atienden buena parte de las responsabilidades domésticas y familiares, con lo que les genera mayor dificultad en alcanzar “ambas jornadas”, por extensión duplicando las horas de trabajo y generándoles situaciones de estrés con repercusiones serias en su salud, apareciendo así, las temidas enfermedades feminizadas.

Para lograr una mejor protección de la mujer, habrá que pensar en ella, como un trabajador especialmente sensible, pero no sólo porque eventualmente pueda quedarse embarazada, sino porque además, socialmente acusa ciertas desventajas que la posicionan en una situación más vulnerable frente a los hombres, y en consecuencia asumirá más riesgos.

Como corolario de lo antedicho, sería interesante establecer un protocolo que ayude a la trabajadora a compatibilizar esa doble presencia para una completa conciliación familiar y laboral.

Es importante destacar que todo trabajador sensible deberá ser tenido en cuenta por el empresario en el momento de evaluar un puesto. Lo correcto sería realizar la evaluación para cualquier tipo de trabajador o trabajadora que pueda ocuparlo, teniendo en cuenta, por supuesto, a los especialmente sensibles.

Otro punto conflictivo es que, no sabemos establecer la frontera entre lo que supone un celo excesivo en lograr una total protección y cuándo rebasamos la

sobreprotección. No hay que olvidar que una excesiva limitación de condiciones para la ocupación de un determinado puesto provoca a la postre, discriminación.

Esto sucede cuando estudiamos normativa preconstitucional, que se limitaba a prohibir la realización de determinados trabajos por cierto grupo de personas, casi siempre mujeres, para protegerlas de los riesgos.

Evidentemente, en la actualidad dicha normativa sería calificada como inconstitucional, por violar el derecho fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres para desempeñar cualquier trabajo.

Dice la norma que el empresario deberá realizar una evaluación del puesto inicial preceptiva. El problema es que actualmente no existe una metodología específica, con cobertura legal, que dirija la evaluación de riesgos desde la perspectiva de género.

Además, partimos con que el personal técnico y sanitario de los Servicios de Prevención suele adolecer de esta capacitación necesaria para la aplicación de la perspectiva de género. Un requisito indispensable, que debería adoptarse y sería recomendable, es que, quienes realizan las evaluaciones de riesgos dispongan de suficiente información y formación, así como una especial sensibilización en cuestiones de género relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo.

La clave radica en la incorporación en las evaluaciones de riesgos por parte de los Técnicos de Prevención de indicadores de evaluación subjetiva que permitan conocer las capacidades personales de los trabajadores, que consienta eliminar los riesgos así como adaptar las condiciones de trabajo para una eventual ocupación del puesto por un trabajador especialmente sensible y conseguir con todo ello el objetivo de adaptar el trabajo a la persona.

Si queremos conseguir una igualdad efectiva en salud laboral, las medidas de prevención deberán tener en cuenta la perspectiva de género, ya que como ha quedado demostrado tanto hombres como mujeres desarrollan su labor en condiciones de trabajo diferentes, por lo que los riesgos son distintos y las medidas propuestas irán en función de los mismos.

En conclusión, tanto la sobreprotección como la sub-protección pueden generar desigualdad, así que deberá encontrarse un equilibrio a través de unas apropiadas evaluaciones de riesgos.

Llegará el momento pues, de empezar una etapa en la que los Técnicos de Prevención posean una especial sensibilización que permita concebir a la mujer como un trabajador de “especial” sensibilidad y hagan que esta diferenciación no quede eclipsada por la precariedad laboral que, en la actualidad, lamentablemente deja esta necesaria consideración en un segundo plano.

Esta labor además corresponderá a los servicios de prevención, mutuas, administraciones, empresas,..., que a través de la adopción de medidas preventivas deberán manifestar los principios de transversalidad y efectividad para la protección de la mujer trabajadora siendo el objetivo garantizar su seguridad y salud laboral.

Como se afirmaba la perspectiva de género aplicada al ámbito de la seguridad y salud en el trabajo no puede identificarse exclusivamente con la protección de la mujer en situaciones de embarazo y lactancia natural. Aun así, nuestro objeto de estudio se ha centrado en la regulación que el artículo 26 de la LPRL establece respecto de estos

supuestos, en el entendido de que todavía esta regulación no comporta una protección lo más eficaz posible a la mujer en estas situaciones.

El primer conflicto en la prevención de la mujer embarazada surge, en el momento en que ésta conoce su estado y la comunicación a la empresa pero aquí nos preguntamos: ¿hasta dónde llega la privacidad y el derecho a la intimidad de la trabajadora y, cómo colisiona con el deber de protección del empresario, aún en desconocimiento por éste, de su estado gestacional?

Los riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia, son riesgos que se consideran preventivos, con los que el legislador intenta evitar situaciones de desigualdad, para lograr además fomentar la natalidad y proteger la seguridad y salud de la madre, del feto y del recién nacido. Dichos parámetros en una combinación adecuada, a lo largo del tiempo, mejoran las condiciones de la empresa, del empresario y de las trabajadoras.

Paralelamente, la Directiva europea 92/85/CEE, la LPRL y la Constitución Española velan para que en todos los centros de trabajo, los empleados gocen del derecho fundamental a la vida, a la igualdad y a la integridad física.

La prevención de riesgos para el embarazo y la lactancia, deberá adoptarse jerárquicamente por parte del empresario, aplicando las medidas preventivas establecidas en el art. 26 LPRL. Su inactividad o pasividad lesionaría los derechos fundamentales de las afectadas.

Las mutuas como “juez y parte”:

En la actualidad, la configuración del riesgo por embarazo o lactancia natural son prestaciones derivadas de contingencias profesionales, siendo las mutuas mayoritariamente las que determinan la existencia o no de riesgo, así como la prestación económica.

En el anterior sistema, en la certificación del riesgo las mutuas no actuaban ni como entidades gestoras, ni como servicios de prevención, pero ahora tienen un papel central en el control tanto para la certificación del riesgo como para el reconocimiento de la prestación.

Es entonces cuando surge la paradoja que sobradamente ha sido expuesta en el presente estudio, pues, dentro de una misma entidad residen dos organismos radicalmente opuestos: la responsable de reconocer el riesgo y la que concede la prestación por el mismo.

Desde una perspectiva economicista queda patente que se empuja a la trabajadora a una situación de desprotección, porque además, caso de que intente recurrir la decisión también lo debe hacer a la propia mutua que le denegó la prestación.

A lo que hay que añadir, que las mutuas no siguen el listado de riesgos abierto que prevé el sistema jurídico, sino que aplican uno propio; provocando así numerosas situaciones de conflicto.

En este sentido, y como conclusión, hablaremos de la vía de recurso ante la negativa al reconocimiento del riesgo por parte de la mutua, con las nuevas especificidades que nos ofrece la reciente Ley de Jurisdicción Social. Resulta relevante el hecho de poder solicitar, en el mismo escrito de interposición de la demanda, la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que resultare de la sentencia (art. 180), haciendo así, una clara alusión a la posibilidad de adopción de medidas cautelares, que

serán de aplicación inmediata. Dentro del día siguiente a la admisión de la demanda, el secretario judicial citará a las partes en día y hora que no excederá de las cuarenta y ocho horas siguientes, para una audiencia preliminar. En la misma deberá aportar la parte solicitante de las medidas cautelares el principio de prueba necesario al respecto.

Aún previene la citada regulación, una urgencia excepcional, por la que el juez o sala podrá adoptar las medidas cautelares, sin perjuicio de que se celebre ulteriormente la comparecencia de las partes litigantes a la que nos hemos referido; dotando de esta forma a la trabajadora víctima de vulneración de sus derechos fundamentales, de una protección sin precedentes en el marco social.

Encontramos un avance garantista pues, dentro de la mencionada Ley que ha sido objeto de desarrollo en este estudio que concluye, sobre todo en materia de protección de los derechos fundamentales. Sobradamente han quedado expresados los nuevos procedimientos en materia cautelar que incorpora, y nuestra esperanza reside en que dicha regulación marque un punto de inflexión para la tutela de los derechos fundamentales, impulsada con la incorporación al ordenamiento jurídico de esta nueva Ley.

---

## **5.- ANEXOS**

### **5.1. Tablas de riesgos laborales ligados a la maternidad.**<sup>75</sup>

Tanto el embarazo como la lactancia deben ser considerados cambios fisiológicos en una etapa de la vida de la mujer trabajadora, y no como enfermedad.

Estos cambios fisiológicos pueden suponer una sobrecarga añadida al estado de la mujer e incluso, producir patología obstétrica o descompensaciones de enfermedades previas que generan complicaciones en la gestación o la lactancia.

La presencia de factores de riesgo en los lugares de trabajo, pueden generar riesgos para las trabajadoras en general, y para las embarazadas o durante la lactancia en particular, produciendo daños en el desarrollo del feto o recién nacido.

Dentro de los factores que causan anomalías congénitas hay que distinguir entre mutágeno (alteraciones del ADN) y teratógeno (cualquier factor ambiental capaz de causar una anomalía en forma o en la función actuando sobre el desarrollo embrionario o fetal) que causa anomalías en el feto.

Al evaluar la presencia de factores de riesgo en el puesto de trabajo durante la gestación, se deberá clasificar la exposición dependiendo de cada período crítico, ya que las exposiciones al principio del embarazo pueden producir defectos congénitos e incluso abortos espontáneos, y en períodos finales producen defectos del crecimiento y/o defectos funcionales.

La Directiva 92/85/CEE recoge algunos riesgos y factores de riesgos laborales para el embarazo.

Clasificados en grupos, siendo:

#### **1. Riesgos físicos.**

- a. Choques y vibraciones.
- b. Ruido.
- c. Radiaciones: ionizantes y no ionizantes.

---

<sup>75</sup> FERICHE LINARES, R.: “Riesgos laborales ligados a la maternidad”. *Tratado de la Salud. Tomo II*.



Puesto de trabajo/técnica radiológica		Nivel de riesgo estimado para TPE gestante	Necesidad de cambio de puesto de trabajo (CPT)
Radio-diagnóstico	Equipos convencionales (Rx, TAC...)	A	No
	Radiodiagnóstico Dental	A	No
	Densitometría ósea	A	No
	Fluoroscopia con telemando	C	CPT
	Fluoroscopia radioquirúrgica	C	CPT
	E, Portátiles de RX	C	CPT
	Radiología intervencionista y hemodinámica	C	CPT
Medicina nuclear	Administración de Radiofármacos	C	CPT
	Unidades PET (tomografía de Emisión de Positrones)	C	CPT
	Densitometría ósea con fuente radiactiva encapsulada	A	No
LAB, RIA	Trabajos con Kits de radiofármacos	A	No
	Marcaje directo con Isótopos	B	Adaptación
Radioterapia	Cobaltoterapia	C	CPT
	Aceleradores Lineales	A	No
	Braquiterapia Automática	A	No
	Braquiterapia Manual	C	CPT

d. Temperaturas: frío o calor extremo.

e. Carga física.

f. Posturas y movilidad.

Recomendaciones elaboradas por la SEGO-INSS-AMAT:

ACTIVIDAD LABORAL	SEMANA*	E. MULTIPLE
1) SECRETARIA O ADMINISTRATIVA CON ACTIVIDAD FÍSICA LIGERA.	37	34
2) PROFESIONAL LIBERAL CON ACTIVIDADES GERENCIALES.	37	34
3) SENTADA CON ACTIVIDADES LIGERAS.	37	34
4) TRABAJADORA CON TRABAJOS DE BIPEDESTACIÓN.		
De forma prolongada (Más de 4 horas al día).	22	20
De forma intermitente.		
Más de 30 minutos/hora.	30	28
Menos de 30 minutos/hora.	37	34
5) PARÁNDOSE CON INCLINACIONES POR DEBAJO DE LA RODILLA.		
Repetidamente (Más de 10 veces/hora).	18	16
Intermitente.		
2 a 9 veces a la hora.	26	24
Menos de 2 veces a la hora.	37	34
6) TREPANDO.		
Escalas y postes verticales.		
Repetidamente (4 o más veces por turno de 8 horas).	18	16
Intermitente (menos de 4 veces en turno de 8 horas).	26	24
Escaleras.		
Repetidamente (4 o más veces por turno de 8 horas).	26	24
Intermitente (menos de 4 veces en turno de 8 horas).	37	34
7) CARGANDO PESOS.		
Repetidamente (4 o más veces por turno de 8 horas).		
Más de 10 Kg.	18	16
5 a 10 Kg.	20	18
Menos de 5 Kg.	26	24
Intermitente (menos de 4 veces en turno de 8 horas).		
Más de 10 Kg.	20	18
5 a 10 Kg.	26	24
Menos de 5 Kg.	37	34

\* Semana de gestación en que se recomienda interrumpir la actividad laboral.

La protección radiológica de las trabajadoras gestantes puestas a radiaciones ionizantes en el ámbito hospitalario (CSN, junio 2002). Guía de ANMTAS.

Puesto de trabajo/técnica radiológica		Nivel de riesgo estimado para TPE gestante	Necesidad de cambio de puesto de trabajo (CPT)
Radio-diagnóstico	Equipos convencionales (Rx, TAC...)	A	No
	Radiodiagnóstico Dental	A	No
	Densitometría ósea	A	No
	Fluoroscopia con telemando	C	CPT
	Fluoroscopia radioquirúrgica	C	CPT
	E, Portátiles de RX	C	CPT
	Radiología intervencionista y hemodinámica	C	CPT
Medicina nuclear	Administración de Radiofármacos	C	CPT
	Unidades PET (tomografía de Emisión de Positrones)	C	CPT
	Densitometría ósea con fuente radiactiva encapsulada	A	No
LAB, RIA	Trabajos con Kits de radiofármacos	A	No
	Marcaje directo con Isótopos	B	Adaptación
Radioterapia	Cobaltoterapia	C	CPT
	Aceleradores Lineales	A	No
	Braquiterapia Automática	A	No
	Braquiterapia Manual	C	CPT

2. **Riesgos biológicos:** la exposición a agentes biológicos puede alterar la salud de la trabajadora embarazada o lactante, y afectar a la salud del feto y del recién nacido.

Los agentes biológicos que pueden producir infecciones de la madre al feto, son:

- Virus: rubéola, varicela, hepatitis A,B,C,D y E, VIH, herpes simple, papiloma humano, sarampión,...
- Protozoos: toxoplasma gondii, plasmodium.
- Bacterias: treponema pallidum, listeria monocytogenes, neisseria gonorrhoeae, salmonella, ....
- Micoplasmas: micoplasma hominis, ureaplasma.
- Hongos: candidas, malassezia.

Tablas de adaptaciones laborales de la Guía de valoración de riesgo de embarazo y lactancia de la ANMTAS.

Adaptaciones laborales según mecanismo de transmisión de los Agentes Biológicos:

Mecanismo de transmisión	Agente biológico con efectos sobre el feto	Medidas de embarazo y lactancia
Transmisión aérea	Sarampión Varicela/Herpes Zoster	Embarazada no inmune: evitar exposición sin el uso de medidas de prevención adecuadas y evitar en lo posible el contacto con la fuente. Embarazada inmune: ninguna restricción
Transmisión por gotas	Rubéola Parotiditis Parvovirus B19*	Embarazada no inmune: evitar exposición sin el uso de medidas de prevención adecuadas y evitar en lo posible el contacto con la fuente. Embarazada inmune: ninguna restricción
Transmisión por contacto	Rubéola congénita Varicela-Herpes Zoster	Embarazada no inmune: evitar exposición sin el uso de medidas de prevención adecuadas y evitar en lo posible el contacto con la fuente. Embarazada inmune: ninguna restricción

Adaptaciones laborales según categorías de exposición:

Categorías de exposición	Servicios	Medidas de embarazo y lactancia
<b>Categoría A</b> Trabajadoras con decisión consciente de manipular agentes biológicos.	Microbiología Investigación	Si las condiciones de trabajo son correctas: ninguna restricción Valorar restricción en sala de micobacterias
<b>Categoría B</b> Trabajadoras con actividad asistencial	Servicios Especialidades quirúrgicas, médicas, infecciosos, urgencias, UCIs, pediatría,...	<i>En embarazo:</i>  1. AB transmisión por contacto: La adopción de las precauciones estándar y por contacto son suficientes para proteger a la gestante. En caso de procedimientos con alto riesgo de sufrir un accidente biológico, se <i>valorará individualmente</i> restricción en pacientes con hepatitis C y VIH con carga viral elevada y hepatitis B si no fuera inmune.  2. AB transmisión vía respiratoria <i>Si servicios o procedimientos de alto riesgo para la TB:</i> Valorar restricción en pacientes con TB pulmonar o laríngea bacilífera especialmente si es multirresistente. En otros AB valorar individualmente.  <i>Si la embarazada es susceptible:</i> evitar contacto con pacientes con varicela, Zoster, Rubéola, Rubéola Congénita, parotiditis, sarampión, toxoplasmosis  <i>Si servicios o procedimientos de bajo riesgo:</i> en general no restricciones, valorar individualmente la posible exposición.  <i>En lactancia:</i> ninguna restricción
<b>Categoría C</b> Trabajadores sin actividad asistencial pero en riesgo de exposición incidental al propósito principal del trabajo	Resto de servicios no presentes en categoría A o B	En general no restricciones Valoración individual según actividades realizadas.

- 
3. **Riesgos químicos:** en cualquier actividad laboral donde trabajen mujeres embarazadas o lactantes, se prestará especial atención en valorar la exposición a sustancias químicas clasificadas como:
- a. Carcinogénicas: aquellas sustancias que pueden producir cáncer o aumentar su frecuencia, por cualquier vía de penetración.
  - b. Genotóxicas: pueden provocar mutaciones o cáncer al interaccionar con el ADN.
  - c. Tóxicas para la reproducción: cuando afectan la capacidad reproductora de forma negativa.
  - d. Mutagénicas: pueden producir alteraciones genéticas hereditarias o aumentar su frecuencia.

Los agentes químicos pueden penetrar en el organismo a través de diferentes vías: ingestión, absorción cutánea e inhalación. La inhalatoria es de difícil control, la ingestión puede prevenirse con medidas higiénicas y la absorción cutánea con equipos de protección adecuados.

La Directiva 92/85/CEE señala una serie de sustancias con riesgo para la mujer embarazada y/o en período de lactancia si se exponen o trabajan con ellas y ante las cuales debemos tomar medidas preventivas:

- Plomo y sus compuestos.
- Mercurio y derivados.
- Monóxido de carbono.
- Medicamentos antimitóticos.
- Agentes químicos de penetración cutánea.
- Trabajos con exposición a hidrocarburos aromáticos policíclicos presentes en el hollín, alquitrán, brea, humo o polvos de hulla.
- Trabajos que supongan exposición al polvo, al humo o a las nieblas producidas durante la calcinación y el afinado eléctrico de las matas de níquel.
- Procedimientos con ácido fuerte en la fabricación de alcohol isopropílico.
- Sustancias químicas etiquetadas con R 40, R 45, R 46 y R47.



SUSTANCIA QUÍMICA	IDENTIFICACIÓN		VALORACIÓN				FRASES R	ACCIONES/FUNCIÓN REPRODUCTORA
	CAS	EINECS	ACGIH	INSHT	DFG	SUVA		
1. ACETATO DE 2-BUTOXIETILLO	112-07-2	203-933-3			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
2. ACETATO DE 2-ETOXIETILLO	111-15-9	203-830-2	R	TR2	B	B	60-61	Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
3. ACETATO DE 2-METOXIETILLO	110-49-6	203-772-0	R	TR2	B	B	60-61	Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
4. ACETATO DE 2-METOXI-PROPILO	70657-70-4	274-274-2		TR2			61	
5. ACRILAMIDA	79-06-1	201-178-7			(*)		46-62	
6. ALCOHOL n-BUTÍLICO	711-36-3	200-751-6			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
7. ALCOHOL ISOPROPILO	67-53-0	200-661-7			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
8. ALCOHOL METÍLICO	67-56-1	200-659-6			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
9. ANILINA	62-53-3	200-539-3			3A			Mutagenicidad para células germinales
10. BENCENO	71-43-2	200-753-7			3A			Mutagenicidad para células germinales
11. 1,3-BUTADIENO	106-99-0	203-450-8			(*)		46-62	
12. 2- $\alpha$ -BUTOXI ETANOL	111-76-2	203-905-0			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
13. CLORO BENCENO	108-90-7	203-628-5			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
14. CLORURO DE CADMIO	10108-64-2	233-296-7			(*)		46-60-61	
15. CLORURO DE CROMIO	14977-61-8	239-056-8			(*)		46	
16. COBALTO	7440-48-4	231-158-0			3A			Mutagenicidad para células germinales
17. CROMATO DE PLOMO	7758-97-6	231-846-0		TR1	(*)		61	
18. CROMATO DE POTASIO	7789-00-6	232-140-5					46	
19. CROMATO DE SODIO	7775-11-3	231-889-5					46	
20. CUMENO	98-82-8	202-704-5			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal

SUSTANCIA QUÍMICA	IDENTIFICACIÓN		VALORACIÓN				FRASES R	ACCIONES/FUNCIÓN REPRODUCTORA
	CAS	EINECS	ACGIH	INSHT	DFG	SUVA		
21. $\alpha$ -DICLORO BENCENO	95-50-1	202-425-9			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
22. p-DICLORO BENCENO	106-46-7	203-400-5			3A			Mutagenicidad para células germinales
23. DICLORO METANO	75-09-2	200-838-9			D	D		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
24. DICROMATO DE AMONIO	7789-09-5	232-149-1					46	
25. N,N-DIMETIL ACETAMIDA	127-19-5	204-826-4		TR2	C	C	61	Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
26. N,N-DIMETIL FORMAMIDA	68-12-2	200-679-5		TR2	B	B	61	Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
27. DISULFURO DE CARBONO	75-15-0	200-883-6			B	B	62-63	Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
28. 2,3 EPOXI-PROPANOL	556-52-5	209-128-3			(*)		60	
29. ESTIRENO	100-42-5	202-851-5			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
30. ETILBENCENO	100-41-4	202-849-4			D	D		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
31. ÉTER ALIL GLICIDILICO	106-92-3	203-442-4					62	
32. ÉTER 2METILICO DE PRO-PILENGLICOL	1589-47-5	216-455-5			B		61	
33. ETILENIMINA	151-56-4	205-793-0			(*)		46	
34. 2-ETOXIETANOL	110-80-5	203-804-1	R	TR2	B	B	60-61	Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
35. FLUORURO DE CADMIO	7790-79-6	232-220-0			(*)		46-60-61	
36. FLUORURO DE HIDRÓGENO	7664-39-3	231-634-8			C	C		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal
37. FORMAMIDA	75-12-7	200-842-0		TR2			61	
38. F TALATO DE DIBUTILO	84-74-2	201-557-4		TR2			61-62	
39. F TALATO DE DI-2-ETILHEXILO	117-81-7	204-211-0		TR2			60-61	
40. HALOTANO	151-67-7	205-296-5	R		B	B		Fertilidad/Desarrollo Toxicidad Prenatal

SUSTANCIA QUÍMICA	IDENTIFICACIÓN		VALORACIÓN				FRASES R	ACCIONES/ FUNCIÓN REPRODUCTORA
	CAS	EINECS	ACGIH	INSHT	DFG	SUVA		
41. HEXACLORO BENCENO	118-74-1	204-273-9			D	D		Fertilidad/Desarrollo
42. n-HEXANO	110-54-3	203-777-6			C	C	62	Toxicidad Prenatal
43. HEXANO ARSENIATO DE PLOMO	7784-40-9	232-064-2					45-61-62	Fertilidad/Desarrollo
44. LINDANO	58-89-9	200-401-2			C	C		Toxicidad Prenatal
45. MANGANESO	7439-96-5	231-105-1	R		C	C		Fertilidad/Desarrollo
46. MERCURIO	7439-97-6	231-106-7	R				62	Toxicidad Prenatal
47. METIL-n-BUTIL CETONA	591-78-6	209-781-1						Fertilidad/Desarrollo
48. METIL ETIL CETONA	78-93-3	201-159-0			C	C		Toxicidad Prenatal
49. METILISOBUTIL CETONA	108-10-1	203-550-1			C	C		Fertilidad/Desarrollo
50. 2-METOXI ETANOL	109-86-4	203-713-7	R	TR2	B	B	60-61	Toxicidad Prenatal
51. MONOXIDO DE CARBONO	630-08-0	211-128-3	R	TR1	B	B	61	Fertilidad/Desarrollo
52. NITROBENCENO	98-95-3	202-716-0			D	D	62	Toxicidad Prenatal
53. NIQUEL, CARBONILO	75-21-8	200-849-9		TR2	(*)		61	Fertilidad/Desarrollo
54. ÓXIDO DE ETILENO	75-56-9	200-879-2			(*)		46	Toxicidad Prenatal
55. ÓXIDO DE PROPILENO	75-56-9	200-879-2			(*)		46	Fertilidad/Desarrollo
56. PARATION	56-38-2	200-271-7			D	D		Toxicidad Prenatal
57. PERCLORO ETILENO	127-18-4	204-825-9	R-61		D	D		Fertilidad/Desarrollo
58. PLOMO	7439-92-1	231-100-4	R	TR1	B	B	61-62	Toxicidad Prenatal
59. PLOMO TETRAETILO	78-00-2	201-075-4		TR1	D	D	61-62	Fertilidad/Desarrollo

SUSTANCIA QUÍMICA	IDENTIFICACIÓN		VALORACIÓN				FRASES R	ACCIONES/ FUNCIÓN REPRODUCTORA
	CAS	EINECS	ACGIH	INSHT	DFG	SUVA		
60. OLOMO TETRAMETILO	75-74-1	200-897-0		TR1	D	D	61-62	Fertilidad/Desarrollo
61. TETRA CLORURO DE CARBONO	56-23-5	200-262-9			D	D		Toxicidad Prenatal
62. TETRA HIDROFURANO	109-99-9	203-726-8			C	C		Fertilidad/Desarrollo
63. TOLUENO	108-88-3	203-625-9	R		C	C		Toxicidad Prenatal
64. 1,1,1-TRICLORO ETANO	71-55-6	200-756-3			C	C		Fertilidad/Desarrollo
65. TRICLORO ETILENO	79-01-6	201-167-1			3B		64	Toxicidad Prenatal
66. WARFARINA	81-81-2	201-377-6		TR1			61	Mutagenicidad para células germinales
67. XILENOS	1330-20-7	215-535-7	R		D	D		Toxicidad Prenatal

**Anotaciones para las Valoraciones incluidas en la Tabla**

ACGIH	La evaluación «R» (de «Reproductive») como inespecífica de efecto sobre la función reproductora humana sin indicar el grado de evidencia en que se basa.
INSHT (TR)	TR1: Sustancia perjudicial para la fertilidad de los seres humanos o produce toxicidad para el desarrollo fetal. TR2: Sustancia que puede y debe considerarse perjudicial para la fertilidad de los seres humanos o debe considerarse tóxica para su desarrollo.
DFG, SUVA	«A»: Riesgo Evidente; «B»: Riesgo probable; «C»: Riesgo improbable; «D»: Sin datos suficientes para su inclusión como «A», «B» o «C». (*) : Por su carácter cancerígeno la DFG no evalúa sus efectos sobre la función reproductora.
FRASES «R»	R45: Puede causar cáncer. R46: Puede causar alteraciones genéticas hereditarias. R60: Puede perjudicar la fertilidad. R61: Riesgo durante el embarazo de efectos adversos para el feto. R62: Posible riesgo de perjudicar la fertilidad. R63: Posible riesgo durante el embarazo de efectos adversos para el feto. R64: Puede perjudicar a los niños alimentados con leche materna.

**4. Riesgos ambientales.**

**5. Riesgos de procedimientos industriales.**

---

## **5.2. Sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional en relación al embarazo y el período de lactancia.**

En la jurisprudencia encontramos una sentencia pionera que aún sin ser de aplicación la nueva LJS, ya consiguió el amparo del Tribunal Constitucional para el reconocimiento de la tutela de los derechos fundamentales por riesgo durante el embarazo en una trabajadora.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2007, de 27 de marzo, conoce de un caso de protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo. La sentencia da respuesta en amparo a si la asignación de funciones contraindicadas para el estado de embarazo de la funcionaria demandante ha vulnerado el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), así como el mismo derecho del hijo que esperaba, al permanecer pasiva la Administración empleadora cuando conoció el embarazo.

Cierto es que el propio TC reconoce que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma. Señala además que la lesión puede proceder tanto de acciones como de omisiones. En cuyo caso “tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE, cuando tuviera lugar un riesgo constatado de producción cierta o potencial, pero justificado en el caso”.

Y para apreciar la vulneración del art. 15 CE en estos casos, no será preciso que la lesión a la integridad física se haya consumado, lo que convertiría la tutela judicial en una protección ineficaz posterior, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse.

En esta sentencia, no existe comunicación previa sobre el embarazo, pero sí indicios de que era conocido por la Administración empleadora. La normativa española para salvaguardar el derecho a la intimidad no exige comunicación expresa de la trabajadora.

La trabajadora denuncia que la Administración vulneró su derecho a la vida y a la integridad física, así como el mismo derecho del hijo que esperaba.

A pesar de ello, la Administración debió adoptar las medidas pertinentes desde el día en que conoció el embarazo, ya que el mantenimiento del cambio de funciones pese a existir un peligro para la integridad representa una vulneración directa del art. 15 CE, aunque no conste la existencia de lesión física o de cualquier otra índole. Entiende, que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos, reflejado en la inactividad del Servicio Andaluz de Salud una vez conocida la situación de embarazo.

La inactividad administrativa a partir del conocimiento del embarazo, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales, vulnerando directamente el art. 15 CE.

Encontraremos otros casos en los que se pone de manifiesto el proceso jerarquizado que se lleva a cabo para la adaptación del puesto de trabajo en la situación del riesgo en el embarazo. En ellos, el legislador identificará las específicas medidas de prevención, que vienen establecidas de forma gradual en el art. 26 LPRL, es decir, no procederá el cambio de puesto de trabajo, si el riesgo puede evitarse con la simple adaptación de la jornada de trabajo.

La jurisprudencia constitucional en sentencia del TC 161/2004, de 4 de octubre, se ha pronunciado exponiendo que *«la protección de la mujer embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las facultades de organización y disciplinarias del empresario, de suerte que la veracidad de los fundamentos de la decisión de la entidad empleadora es una exigencia constitucional»*.

En esta sentencia, vemos como el empresario realiza la suspensión del contrato, siendo posible el cambio de puesto de trabajo. La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o lactancia es la última medida que el empresario debe adoptar, ya que las medidas deben adoptarse de forma jerarquizada donde lo primero que debe hacer es informar a la trabajadora sobre los riesgos existentes, luego adaptar sus condiciones de trabajo y por último, aplicar la movilidad funcional a un puesto compatible con su estado.<sup>76</sup>

Además, según la doctrina judicial, la trabajadora mantendrá el derecho al salario de su anterior puesto, incluidos los pluses salariales. La empresa debe adaptar las condiciones de trabajo para eliminar la exposición al riesgo específico, pero esta adecuación del puesto no lleva asociado la pérdida de ningún tipo de retribución.

En esta misma sentencia, también resulta discriminatoria la decisión empresarial al suspender el contrato de trabajo y el posterior despido tras la incorporación de la trabajadora una vez finalizado el descanso por maternidad. Pues el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, prohíbe la desigualdad injustificada y no fundada en criterios objetivos y razonables. Ya que como dice la doctrina *“el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”*.

Además deja claro que existe discriminación por razón de sexo en *“aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”*.

En cuanto, a la defensa de los derechos fundamentales, podemos decir que el derecho a la salud laboral tiene una evidente relación con el derecho a la vida y a la integridad física, por lo que, al menos transversalmente, puede considerársele un derecho fundamental en su vertiente individual<sup>77</sup>.

Tanto el embarazo como la lactancia, son situaciones especialmente protegidas por el derecho incluso aunque el empresario desconozca la situación de embarazo según la sentencia del TC 92/2008, de 21 de julio, donde la trabajadora embarazada es despedida y se declara nulo dicho despido por la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras como consecuencia de su

---

<sup>76</sup> FERRADANS CARAMÉS, C.: “Género y prevención de riesgos laborales”. *Revista de Derecho social* n°53. 2011., página 165.

<sup>77</sup> Sobre la STC 161/2004, véase el estudio de NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “La relación entre los derechos y obligaciones constitucionales: salud laboral, igualdad y libertad de empresa (comentario a la STC 161/2004, de 4 de octubre), *Relaciones Laborales*, núm 21, 2005, (<http://laleydigital.laley.es>).

despido durante el período de embarazo. *“la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer, cualificando la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre viendo limitados sus derechos por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución”.*

En este caso, la cuestión del despido motivado por el embarazo de la trabajadora siendo dicha situación desconocida para la empresa, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento discriminatorio basado en el embarazo, pero con la trasposición de la Directiva se declara nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión.

Así pues el legislador configura un mecanismo que *“desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental”, además “...., con ello se exime de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa por múltiples razones, entre ellas la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo”, y exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)”.*

Aun así y con todo el conflicto puede seguir existiendo, pues siempre cabe la posibilidad de demostrar el riesgo a través de otras vías o informes, ya que como se razona en la STSJ del País Vasco, 1750/2008, de 30 de junio *“los informes son de índole procedimental por lo que no tienen carácter constitutivo, de forma que la existencia de riesgo podrá acreditarse a través de otros elementos probatorios”*.<sup>78</sup>

El reconocimiento del derecho a subsidio a partir de la semana 25ª de embarazo, así que no procede recibir la prestación por riesgo durante el embarazo desde la fecha de solicitud, ya que no se altera por la circunstancia del embarazo. Pues la medida de protección de la salud de la trabajadora o del feto, que es evitar que el embarazo junto con las condiciones del puesto de trabajo, genere unos riesgos de salud añadidos a los que tenía cuando no estaba embarazada. Es decir que *“la medida de suspensión del contrato de trabajo y, con ello, la prestación por riesgo durante el embarazo no proceden para eliminar un riesgo para la salud que no se altera por la circunstancia del embarazo”.*

El trabajador tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo aunque carezca de derecho a la prestación económica, pues *“su contrato se suspende porque el desempeño de la actividad laboral tiene riesgos para la salud de la trabajadora o del feto y no porque se le proteja económicamente cuando existan estos riesgos”.*

<sup>78</sup> STSJ del País Vasco 1750/2008, de 30 de Junio, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), página 6.



---

## **6.- BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIA JURISPRUDENCIAL**

### **Bibliografía:**

- *Salud, mujeres y trabajos: guía para la mejora de las condiciones de salud y trabajo de las mujeres*, de la Secretaría Confederal de Mujer de CCOO, 2004.
- *Guía Médica para la valoración de los riesgos profesionales a efectos de la prestación de riesgo durante el embarazo y riesgo en la lactancia*. ASOCIACIÓN DE MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO. Septiembre 2008.
- AREAL CALAMA, I: “Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva”. Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, integración y noción de trabajado”. Coord. López López, J. Edición Digital. 2001.
- ARTAZCOZ, L; ESCRIBÁ-AGÜIR, V y CORTES, I.: “Género, trabajos y salud en España”, *Gac Sanit*, 2004, páginas 24 a 35.
- BALLESTER PASTOR, M.A.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J: “Artículo 26. Protección de la maternidad”, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada con jurisprudencia*. Editorial La LEY, 2008, Edición digital.
- CAPEL MARTINEZ, R.M.: *Mujer y Trabajo en el siglo XX*, Madrid, Arco Libros, 1999.
- CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2002.
- CASTELLANO ARROYO, M. y DÍAZ FRANCO J.J.: “Legislación sobre salud laboral y prevención de riesgos laborales. La vigilancia de la salud. Aspectos positivos y negativos”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
- DE LA FUENTE MADERO, J.L. y GÓMEZ ÁLVAREZ, A.M<sup>a</sup>: “Riesgos Psicosociales”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.



- 
- DE LA FUENTE MADERO, J.L. y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M<sup>a</sup>: “La movilidad funcional por razones preventivas en materia de riesgos psicosociales”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
  - FERICHE LINARES, R.:” Riesgos Laborales ligados a la maternidad”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
  - FERRADANS CARAMÉS, C.: “Género y Prevención de Riesgos Laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 53. 2011.
  - FRANCO GONZÁLEZ, J.: “Directrices para la evaluación de los agentes biológicos, químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo. Comentarios a la comunicación de la comisión de las Comunidades Europeas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67
  - GARRIGUES GIMÉNEZ, A: “Tratamiento preventivo de la maternidad y la lactancia”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
  - GIL PÉREZ, M<sup>a</sup> E: “Riesgos laborales ligados a la maternidad desde una perspectiva jurídica”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
  - JIMÉNEZ JIMÉNEZ, J.: “La movilidad funcional por razones preventivas y las enfermedades feminizadas. Problemas y consecuencias.”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
  - LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, *Actualidad Laboral*, Editorial LA LEY, 1998, Edición digital.

- 
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Los riesgos psicosociales. Su particularidad en la legislación positiva”, *Tratado de Salud Laboral*, Tomo I, Coord. Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
  - NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “La relación entre los derechos y obligaciones constitucionales: salud laboral, igualdad y libertad de empresa, *Relaciones Laborales*, núm 21, 2005. Edición digital.
  - NORES TORRES, L.E.: “Maternidad y Trabajo: algunas consideraciones en torno al art. 26 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales”, *Actualidad Laboral*, Editorial LA LEY, 1998, Edición digital.
  - RIVAS VALLEJO, Mª P.: *La prevención de riesgos laborales de carácter psicosocial*, Editorial Comares. 2005.
  - RIVAS VALLEJO, Mª P.: “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, *Revista de Derecho Social*, nº 54. 2011.
  - RIVAS VALLEJO, Mª P.: “Sesgos de género en la salud: la mayor precariedad de la salud femenina” *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi , 2012.
  - RIVAS VALLEJO, P: “Perspectiva de género” *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
  - RODRIGUEZ CARDO, I.A.: “Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos”, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, La Ley, 2010, Edición digital.
  - SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y política convencional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53.
  - SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. Y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Civitas. Madrid, 1996.
  - SEVILLA GARCÍA, E: “Perspectiva sanitaria de género”, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II*. Coord.: Rivas Vallejo, P; Monereo Pérez, J.L., Thomson Aranzadi 2012.
  - TORADA, R y MORENO, N.: “Salud laboral y género”. *Mujer y trabajo. Problemática actual*. Editorial Germania, 1999, ejemplar obtenido por internet.

- VALLEJO DA COSTA, R. y LAFUENTE PASTOR, V.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011.
- VALLEJO DA COSTA, R.: “Gestión y pago de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales”. *Ediciones Laborum, AESS*, 2009.

**Referencia jurisprudencial:**

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 1 Julio 2010.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia de 15 Mayo 1986.
- Tribunal de Justicia Unión Europea, Sala Tercera, Auto de 1 Julio 2010.
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 14/1992 de 10 Febrero 1992.
- Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 229/1992 de 14 Diciembre 1992.
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 238/1992 de 17 Diciembre 1992.
- Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 161/2004 de 4 Octubre 2004.
- Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 62/2007 de 27 Marzo 2007.
- Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 92/2008 de 21 Julio 2008.
- Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 9 Diciembre 2009.
- Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 17 Marzo 2011.
- Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 22 Noviembre 2011.
- Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo social, Sentencia de 24 Abril 2012.
- Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 21 Junio 2012.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 1 Octubre 2012.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 20 Julio 2000.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia de 8 Julio 2002.
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, Sentencia de 4 Abril 2007.

- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia 30 Junio 2008.
- Tribunal Superior de Justicia de La Región de Murcia, Sala de lo Social, Sentencia 21 Septiembre 2009.
- Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia de 3 Febrero 2012.